

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



PROGRAMA DE MAESTRÍA

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

TESIS

**RAZONES JURÍDICAS PARA CONSIDERAR A LOS VIÁTICOS COMO
INSTRUMENTO CONFIGURADOR DEL DELITO DE PECULADO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO

Asesor:

M.CS. DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS

CAJAMARCA, PERÚ

2017

COPYRIGHT©. 2017 by
MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



PROGRAMA DE MAESTRÍA

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

TESIS APROBADA

RAZONES JURÍDICAS PARA CONSIDERAR A LOS VIÁTICOS COMO INSTRUMENTO CONFIGURADOR DEL DELITO DE PECULADO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO

Comité Científico

M.Cs. Domingo Celestino Alvarado Luis
Asesor

Dr. Elfer Miranda Valdivia
Miembro de Comité Científico

M.Cs. José Grández Odiaga
Miembro de Comité Científico

MCs. Nilo Román Romero
Miembro de Comité Científico

CAJAMARCA, PERÚ

2017



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Posgrado

CAJAMARCA - PERU

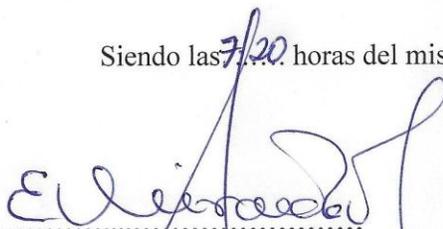
PROGRAMA DE MAESTRIA

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Siendo las 6:00 de la tarde del día 14 de setiembre del año dos mil diecisiete, reunidos en el Aula 1Q-207 de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. ELFER MIRANDA VALDIVIA**, en representación del Director de la Escuela de Posgrado y como Miembro de Jurado Evaluador, **Mg. DOMINGO ALVARADO LUIS**, en calidad de Asesor; **M.Cs. JOSÉ GRANDEZ ODIAGA**, **M.Cs. NILO ROMÁN ROMERO**, como integrantes del Jurado Evaluador. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN** de la Tesis titulada **“RAZONES JURÍDICAS PARA CONSIDERAR A LOS VIÁTICOS COMO INSTRUMENTO CONFIGURADOR DEL DELITO DE PECULADO”**, presentada por la **Abog. MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO** con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la **Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de Diecisiete (17) Excelente la mencionada Tesis; en tal virtud, **Abog. MILAGROS PATRICIA CAMPOS MALDONADO** está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la **Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 7:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Elfer Miranda Valdivia
Miembro de Jurado Evaluador


.....
Mg. Domingo Alvarado Luis
ASESOR


.....
M.Cs. José Grandez Odiaga
Miembro de Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Nilo Román Romero
Miembro de Jurado Evaluador

A:

Mis padres Jorge y Yolanda, quienes me han heredado el tesoro más valioso que pueda dársele a una hija: amor, y quienes sin escatimar esfuerzo alguno, han sacrificado gran parte de su vida para formarme, educarme y apoyarme incondicionalmente; y a quienes nunca podré pagar sus desvelos ni aun con las riquezas más grandes del mundo.

A mi esposo Hubert y a mis hijas Mikaela, Macarena y Marianella, por su insistencia en ver en mí una persona que supera los obstáculos de la vida, sin cuyo apoyo no hubiese sido posible la realización del presente trabajo intelectual.

AGRADECIMIENTO:

A mis profesores y amigos por sus recomendaciones y sugerencias, sin las cuales no se hubiese logrado la culminación del presente trabajo investigativo.

"No es la forma de gobierno lo que constituye la felicidad de una nación, sino las virtudes de los jefes y de los magistrados."

-Aristóteles

"Las buenas costumbres, y no la fuerza, son las columnas de las leyes; y el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad."

-Simón Bolívar

ÍNDICE GENERAL

Ítem	Página
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTOS	vi
EPIGRAFE	vii
INDICE GENERAL	viii
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS USADAS	x
GLOSARIO	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
ASPECTOS METODOLÓGICOS	10
1.1 Problemática a investigar	10
1.2 Formulación del problema	19
1.3 Justificación	19
1.4 Ámbito de investigación	21
1.5. Tipo de investigación	22
1.6 Objetivos de la investigación	26
1.7. Hipótesis de investigación	26
1.8. Metodología de la investigación	27
1.9. Técnicas e instrumentos	29
1.10. Unidad de análisis	30
CAPÍTULO II	
TEORÍA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO	32
2.1. Consideraciones Generales	32
2.2. Las Corrientes Filosóficas del Derecho	33
2.3. La Teoría Tetradimensional del Derecho	41
CAPÍTULO III	
LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO	44
3.1. Consideraciones generales	44
3.2. El enfoque de la Corrupción	46
3.3. La Ética en la Función Pública	51
3.4 De los principios, deberes y prohibiciones éticos de la Función Pública	53
3.5. De la función pública y la Administración Financiera del Sector Público	57

CAPÍTULO IV	
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	59
4.1. La conceptualización de administración pública en concordancia con el Derecho Penal	59
4.2. El Derecho Penal administrativo	64
4.3. Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo	67
4.4 Delitos contra la Administración Pública	73
CAPÍTULO V	
EL DELITO DE PECULADO	101
5.1 Breves consideraciones históricas	101
5.2 Tipo Penal	102
5.3. Tipicidad objetiva	103
5.4. Tipo subjetivo del injusto	124
5.5. Antijuridicidad	125
5.6. Culpabilidad	126
5.7. Consumación	126
5.8. Tentativa	127
5.9. Peculado culposo	128
5.10. El Delito de Peculado como Delito de Infracción de deber	129
5.11 Los Viáticos y el Delito de Peculado	131
CAPÍTULO VI	
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	145
6.1 Presentación de resultados, análisis y discusión	145
6.2. Casuística en torno a la problemática planteada	163
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	178
Bibliografía	184

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

art. / arts.	: Artículo / artículos
inc.	: inciso
Exp.	: Expediente
BCR	: Banco Central de Reserva
CAS	: Contratación administrativa de servicios
CNM	: Consejo Nacional de la Magistratura
C.P.	: Código Penal
JNE	: Jurado Nacional de Elecciones
OEA	: Organización de Estados Americanos
PCM	: Presidencia del Consejo de Ministros
SUNAT	: Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	: Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Administración Pública: Conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar general), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.

Comisión de Servicios: Desplazamiento temporal del servidor fuera de la sede de trabajo, dispuesta por la autoridad para realizar funciones que estén relacionados con los objetivos institucionales.

Declaración Jurada: Manifestación personal, verbal o escrita, donde se asegura la veracidad de esa misma declaración bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales. Como consecuencia se presume como cierto lo señalado por el declarante hasta que se pueda acreditar lo contrario.

Delito: Acción típica, antijurídica y culpable. Acto tipificado como tal en la ley, contrario al derecho y en el que el agente ha tenido dominio sobre las circunstancias, es decir, que por voluntad no ha desarrollado una conducta diferente.

Peculado: Sustracción por parte del funcionario público de los bienes o recursos confiados en cumplimiento de sus deberes, usándolos en provecho propio. En el derecho peruano funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad. Delito cometido por el empleado o funcionario público, al apropiarse de dinero del Tesoro Público, en provecho propio o de otro o darle un uso distinto al señalado por la Ley.

Principio de Lesividad: Se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a afirmar que no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro. Principio que limita la persecución penal a hechos que en verdad lesionen o pongan en peligro significativamente un bien jurídico.

Rendición de Cuentas: Presentación de gastos debidamente documentada que el comisionado realiza al término de la comisión.

Viáticos: Previsión, en especie o dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje. Dícese también, a la subvención que en dinero se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino. Asignación al personal comisionado para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local.

RESUMEN

Mediante la presente investigación que es de suma importancia, conoceremos de cerca cómo es que los Funcionarios y Servidores Públicos, en su mayoría, utilizan los viáticos que les son otorgados para realizar funciones fuera de su sede habitual de trabajo, de manera desproporcional y excesiva, sin ningún tipo de observancia de las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público; así como también sin la observancia de los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, así como de los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función Pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad.

Es así, que a través de la presente investigación, se determinarán las consecuencias jurídico-penales que se generan con la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública; como es el caso cuando no se rinden cuentas del monto de dinero asignado por concepto de viáticos, o como cuando se presentan rendiciones de viáticos con comprobantes de pago que contienen consumos excesivos, o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados en las comisiones de servicio a través de declaraciones juradas simples, pese a que dichas comisiones se realizaron en lugares donde expiden comprobantes de pago debidamente autorizados por SUNAT.

Asimismo, a través del presente estudio se ha contribuido al establecimiento de soluciones frente a esta problemática; pues lo que se busca es que exista una plena garantía de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública, la misma que se encuentra en la confianza de la Sociedad en la Administración Pública y en sus funcionarios.

ABSTRACT

Through the present investigation, which is of the utmost importance, we will know very closely how Public Servants and Officers, for the most part, use the allowances granted to them to carry out functions outside their normal place of work, in a disproportionate and excessive manner, Without any observance of the measures of austerity, rationality and transparency of public expenditure; As well as without observing the Regulatory Principles of economics, veracity and opportunity provided for in Law No. 28693, General Law of the National Treasury System, as well as the guiding principles contained in the Code of Ethics of the Public Function, sanctioned By Law No. 27815, which reports on the principles of probity, efficiency, suitability and truthfulness.

Thus, through the present investigation, it was determined the legal-penal consequences that are generated by improper use, administration and / or appropriation of per diems by public officials and civil servants of the Public Administration; As is the case when no account is taken of the amount of money allocated for per diems, or when there is surrender of viaticum with payment receipts that contain excessive consumption, or when they simply decide to support their expenses incurred in service commissions to Through simple affidavits, even though these commissions were made in places where they issue payment vouchers duly authorized by SUNAT.

Also, through the present study has contributed to the establishment of solutions to this problem; because what is sought is that there is a full guarantee of the criminal protection of the functionality of the Public Administration, which is in the confidence of the Society in the Public Administration and its officials.

INTRODUCCION

Todo trabajo de naturaleza jurídica que se precie de ser serio, debe dar respuesta a las interrogantes ¿por qué? y ¿para qué investigar? Así se dice que en Derecho se realiza investigación, para la realización de la justicia, lograr el bienestar, para aportar algún avance en la ciencia jurídica y finalmente, para lograr una convivencia armoniosa entre los hombres.

El objetivo que pretende nuestra investigación, no es desde luego, tan ambicioso. Sin embargo, cabe preguntarse cómo se puede entender y explicar el Derecho sin conocer a sus compone que la filosofía jurídica se ha encargado de estructurar y explicar, que no sólo es la norma jurídica, sino que vas más allá, como es la búsqueda de determinar de dónde y cómo se genera dicha estructuración. Así creemos que no puede hablarse de fenómeno jurídico, sino se entiende la estructuración del mismo desde una óptica tetradimensionalista, conforme lo sostiene esta corriente iusfilosófica (POLAINO, 2004).

Siendo ello así, y estando frente a una problemática tan álgida que se encuentra atravesando nuestro país; en virtud a que la criminalidad ha aumentado, en especial, la comisión de Delitos contra la Administración Pública; pues, incluso, se calcula que nuestro Estado pierde entre seis mil y nueve mil millones de soles anuales a raíz de la corrupción y es así por ejemplo que, en la actualidad, el 92% de nuestros municipios a

nivel nacional tengan investigaciones abiertas por Delitos de corrupción¹. Adicionalmente a estos temas fácticos, en cuanto a percepción de la sociedad, la corrupción también se encuentra considerada dentro de los dos problemas que principalmente aquejan a nuestro país². De ahí, que como bien lo sostiene el profesor PARIONA ARANA, que a pesar de que el Estado ha creado entes controladores para proteger la Administración Pública o los intereses del Estado, del mal comportamiento de sus agentes que infringen la normatividad interna de cada institución, los mismos han devenido en ineficaces para garantizar el correcto funcionamiento del aparato estatal (PARIONA, 2011), lo que evidencia serias deficiencias que lo único que generan es la lesión al patrimonio estatal, y que la sociedad en general pierda confianza en los funcionarios y servidores públicos, quienes han olvidado sus deberes inherentes al cargo, para asumir que el trabajar en una entidad estatal y el tener la posibilidad de disponer de bienes del Estado, es la posibilidad de incrementar sus ingresos patrimoniales.

De ahí, que conforme sostiene PARIONA ARANA, el Derecho Penal como medio de control conminatorio y represivo es un medio fragmentario de actuación, esto es, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable. Sin embargo, cabe hacerse la pregunta si es que el Derecho Penal protege realmente los intereses de la Administración Pública, más aún si se advierte que esta rama del

¹ Informe realizado por la Procuraduría Anticorrupción en el año 2014. En: <http://peru21.pe/politica/elecciones-2014-corrupcion-gobiernos-regionales-municipios-peru-2192134>.

² El primer problema de los que aquejan a nuestro país en la actualidad fue considerado la delincuencia y la falta de seguridad con 63%; mientras que el segundo fue la corrupción con 44%. IPSOS APOYO. Agosto de 2013. Encuesta de percepción sobre la actualidad. En: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/VIII-Encuesta-20131.pdf>.

derecho actúa cuando ya se ha cometido el delito, es decir, cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya producida, de ahí pues que cabe cuestionarse si la norma penal está protegiendo eficaz y eficientemente los intereses estatales (PARIONA, 2011).

Ante ello, es que en la presente investigación, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia discordante, se ha pretendido examinar la posibilidad de comprender que los viáticos asignados al funcionario o servidor público podrían convertirse en un instrumento configurador del Delito de Peculado. Y, ello precisamente porque se evidencia una situación problemática y recurrente en las instancias administrativas, en el que funcionarios y servidores públicos consideran que los viáticos que les son asignados para el desempeño de determinadas funciones fuera de su sede habitual de trabajo, pueden ser utilizados inobservando los principios de austeridad y racionalidad en el gasto público; de tal forma que consideran que constituye patrimonio integrado a su ámbito personal.

Situaciones además que incluso alcanzan su protección dentro de una parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, que considera que los viáticos no podrían constituir instrumento configurador del Delito de Peculado, dentro de los que se encuentra la Doctora Elvia Barrios Alvarado y Ramiro Salinas Siccha; frente a otro sector, dentro del cual se encuentra el doctor Luis Reyna Alfaro, que haciendo una lectura de estas situaciones considera su adecuación a dicho tipo penal, tanto a través de una subsunción directa, como mediante su interpretación a través de la prueba del indicio, como elemento del que sea posible inferir con suficiencia un acto de apropiación doloso de fondos públicos. Por lo que, a través del presente análisis jurídico-penal se

ha tratado de revelar los aspectos incompatibles de tales infracciones de carácter fiscal con la conducta prohibida delimitada en el artículo 387° del Código Penal, que tipifica el Delito de Peculado. A tal efecto, se ha ensayado una solución a través de la exploración de la naturaleza jurídica de los viáticos y, sobre dicha base, se evaluará su compatibilidad con los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo penal de Peculado, con especial incidencia en el bien jurídico protegido, tomando como principios informadores para la correcta administración de los caudales del Estado, los principios propios que rigen el actuar de los trabajadores estatales, contenidos en el Código de Ética de la Función Pública, como el Principio de Austeridad, Racionalidad y Transparencia del Gasto Público; pero además bajo la estricta observancia del fin político criminal del delito bajo análisis, desde una perspectiva de la corriente ius filosófica del Tetradsimensionalismo del Derecho Penal (hecho, valor, norma y tiempo); y de la finalidad de la pena establecida en el tipo penal bajo análisis, cuestiones que demostramos que no siempre han sido consideradas en todos sus vertientes por los doctrinarios, y en especial por los jueces, cuando se presentan casos concretos al respecto.

Por lo que, la discusión planteada, sobre el carácter imperativo o valorativo de la norma en cuestión con respecto a nuestra problemática de investigación no es puramente teórica, sino que tiene importantes consecuencias, y no sólo sistemáticas, sino también relativas a la base de la orientación político criminal del Derecho Penal.

En tal sentido, nuestro trabajo de investigación ha seguido la sistemática siguiente; en primer lugar diremos que consta de seis capítulos, que desarrollan la parte

metodológica, el contenido temático; y un último apartado referido al análisis y discusión de resultados, así como a la contrastación de las hipótesis; todo ello, referido al análisis en la configuración correcta del tipo penal aplicable a los hechos materia de la presente investigación; así como a la necesidad de la búsqueda de su aplicación efectiva en la imposición de las consecuencias jurídico-penales previstas en la normatividad, en correlación al análisis realizado de la jurisprudencia y doctrina discordante contrastándola con la corriente ius filosófica del Tetradimensionalismo jurídico del Derecho Penal.

En el primer capítulo se exponen las ideas preliminares sobre el tema de investigación, propósito, metodología y la delimitación de nuestro trabajo de investigación. Siendo entonces dicho sustento metodológico y dogmático los ejes rectores de nuestro proceso investigativo, pues el presente *iter* no tiene la finalidad de buscar criminalizar cualquier tipo de conductas; sino que lo que se busca es demostrar que existen conductas que vulneran gravemente a la Administración Pública, por parte de sus propios funcionarios o servidores públicos, quienes pese a tener la obligación de ejercer sus funciones conforme a derecho -pues están al servicio de toda la colectividad- lesionan intereses y derechos fundamentales de una sociedad; bajo la excusa de señalar y de hacer creer que se encuentran en pleno ejercicio de sus funciones, y que por ende los viáticos que se les asignan para cumplir determinadas funciones fuera de su sede habitual de trabajo, pueden ser utilizados y destinado de la forma como ellos deseen, sosteniendo incluso que dichos caudales del Estado forman parte de su patrimonio personal; y que nadie debería de verificar cuál ha sido el verdadero destino de dichos

fondos, pues al desempeñarse funciones en otro lugar, alegan que incluso ponen en riesgo su vida.

Con lo cual queda en evidencia, que pese a existir dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un tipo penal previsto por nuestro legislador, en el que se sancionan conductas como las antes esbozadas, esto es, nos referimos al Delito de Peculado, dichos funcionarios o servidores públicos hacen “letra muerta” de dicha norma jurídica; ello en razón a que los administradores de justicia no han realizado el análisis correcto y la determinación de que el mal uso que se hace a dichos caudales del Estado, o su no devolución de lo no utilizado, constituye un elemento configurador del delito en mención, bajo el sustento de que se tratarían de apropiaciones de sumas de dinero irrisorias, y que por tanto no lesionarían los intereses estatales, teniendo como justificación de ello la observancia errada de los principios de insignificancia o bagatela, de mínima lesividad; así como el de mínima intervención del Derecho Penal, dejándose de lado la Teoría de la Infracción del deber propia de los Delitos contra la Administración Pública, así como desconociendo el fin político criminal del Delito de Peculado.

En el segundo capítulo se presenta el sustento ius filosófico de la presente investigación, que ha orientado el proceso investigativo, por cuanto si no se hubiera considerado el mismo, la investigación nos habría llevado a graves contradicciones; así como conducirnos a inventar falsos problemas de lenguaje como supuesta solución a problemas jurídicos, como creer que no se podría considerar dentro de la figura del Peculado, como instrumento configurador del mismo, a los famosos viáticos que se

asignan a los trabajadores estatales para desempeñar funciones fuera de su sede habitual de trabajo.

Además del aspecto filosófico que encaminó la investigación, se ha considerado en el capítulo tercero el marco teórico conformado por la parte dogmática referente a la lucha contra la corrupción como política de Estado, para lo cual se ha definido conceptualmente a la corrupción, se ha desarrollado las clases de corrupción, así como se ha hecho un análisis sobre la ética en la función pública.

Asimismo, en el cuarto capítulo, denominado Delitos contra la Administración Pública, se ha desarrollado la conceptualización de la Administración Pública en concordancia con el Derecho Penal; y además se ha hecho un desarrollo conceptual de los elementos propios de este tipo de Delitos; con la finalidad de darle sustento doctrinario valedero a nuestra investigación.

El capítulo quinto, desarrolla la parte dogmática sobre el Delito de Peculado, sus antecedentes históricos, su desarrollo conceptual, bien jurídico protegido, características del tipo legal, modalidades delictivas, tipo subjetivo del injusto; hace además un desarrollo sobre la problemática de la autoría y participación en el Delito de Peculado, para lo cual atraviesa por la diferentes teorías existentes, como la teoría del dominio del hecho, así como la teoría de la infracción del deber; la misma que nos sirvió para darle sustento cuando analizamos los elementos configuradores del tipo penal estudiado -y por tanto, la concreción del fin político criminal del mismo-. Además que en dicho capítulo se ha tenido en cuenta agregar el marco teórico

conceptual sobre nuestro tema de análisis como es el caso de los viáticos, realizando para ello un desarrollo conceptual y normativo del mismo, así como de sus respectivas rendiciones; se hace además un análisis sobre si los viáticos constituyen caudales o efectos, para ir subsumiéndolos en el Delito de Peculado; siendo que además se muestran las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que consideran, por un lado, que los viáticos no constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado; y por otro, aquellas posiciones que opinan lo contrario.

En el sexto capítulo de la presente investigación, se presentan los resultados de la investigación, haciéndose al respecto su respectivo análisis y discusión; y que si bien se presentan casos reales que evidencian la problemática planteada en la presente investigación; la misma solamente se la muestra de manera referencial, cuya información representa el sustento fáctico de la problemática en cuestión; pues lo principal es la presentación de la posición que asumimos frente a la teoría, jurisprudencia y corriente ius filosófica a la que atendimos para demostrar que efectivamente existen razones jurídicas para concluir que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, hacen que los mismos se conviertan en instrumento configurador del Delito de Peculado.

Y, finalmente, culminándose el trabajo investigativo con las conclusiones de la labor investigativa; así como las recomendaciones del caso.

Por lo expuesto, dejamos establecido que este trabajo de investigación es sólo un intento de aproximación teórica-empírico a un instituto jurídico penal de valiosa importancia; que no obstante ello aún espera el aporte generoso de quienes con muchas limitaciones damos todo de nuestra parte con el propósito de contribuir al desarrollo de nuestras instituciones jurídicas.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Problemática a investigar

En los últimos tiempos, los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las diferentes entidades estatales, han suscitado una polémica inesperada, en especial por el tema de la corrupción sistemática que se apodera de los más altos niveles de la Administración Pública; representando así conductas antijurídicas que entorpecen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y del mismo modo, ocasionando graves perjuicios económicos al Estado.

Y precisamente, uno de los delitos que comúnmente es perpetrado por los funcionarios y/o servidores públicos es el **DELITO DE PECULADO**, el mismo que se encuentra contemplado en el Artículo 387° del Código Penal, que a la letra señala: "*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa...*"

Como se puede apreciar, el artículo bajo análisis exige que la acción típica del Delito de Peculado recaiga sobre efectos o caudales del Estado (REYNA, 2011); de modo que la doctrina especializada ha reconocido los diversos alcances de estos términos, estableciéndose así, que la expresión “*efectos*” hace referencia a los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables); mientras que la expresión *caudales* identifica a todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles (ROJAS citado por REYNA, 2011), siendo que dentro de estos últimos encontramos precisamente a los famosos *viáticos*, materia de la presente investigación, los cuales son otorgados a los funcionarios y servidores públicos, en las diversas instancias descentralizadas del Estado, con la finalidad de que realicen determinadas funciones públicas fuera de su sede habitual del trabajo.

En tal sentido, el Artículo 387° del Código Penal exige que la acción típica del Delito de Peculado recaiga sobre caudales o efectos cuya *percepción, administración o custodia le estén confiadas al funcionario o servidor público por razón de su cargo*. Desde esa perspectiva, se puede señalar que el funcionario o servidor público recibe el viático para su administración (pues la percepción y custodia, por sus propias características no resultan aplicables en el contexto de los viáticos), al tener pues la necesidad de desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas, en un lugar distinto al de su sede habitual de trabajo. Por lo que en atención a lo señalado, es posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: La infracción del deber (REAÑO, citado por REYNA, 2011).

Es así, que la doctrina ha señalado que es posible afirmar que los viáticos constituyen *caudales* confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del Delito de Peculado (REYNA, 2011); posición a la que nos adherimos y a la cual en la presente investigación agregaremos otros sustentos valederos a los aportados por la doctrina especializada antes referida; y en contra de aquella que se opone a considerarlos como tales.

En atención a ello, es que surgió la necesidad de investigar y de realizar ciertas precisiones respecto a las consecuencias jurídico-penales que podría generar *la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública*; como es el caso cuando se simulan realizar comisiones de servicios, como cuando no se rinden cuentas del monto de dinero asignado por concepto de viáticos, o como cuando se realizan las comisiones de servicio, pero para ello se pretende sustentar los supuestos gastos efectuados en dicha comisión a través de rendiciones de viáticos con comprobantes de pago que contienen consumos excesivos, o que han sido conseguidos de favor sin que se haya producido un consumo efectivo de los mismos; o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados en las comisiones de servicio a través de declaraciones juradas simples; pese a que la normativa pertinente, como es el caso del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, “*Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional*”, establece en su artículo 3° (Rendición de cuentas) que: “*Las personas de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la presente norma que perciban viáticos deben presentar la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los*

comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante Declaración Jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT...” (el resaltado es nuestro); es decir, que los funcionarios y servidores públicos pueden sustentar los gastos realizados en sus respectivas comisiones de servicio a través de una Declaración Jurada, siempre que estos gastos se hayan realizado en lugares o en circunstancias que imposibilitan o hace irrazonable la obtención del respectivo comprobante de pago (boleta, factura o ticket); tales como los alimentos adquiridos en ruta, en zonas rurales o alejadas de la ciudad; en casos fortuitos o de fuerza mayor. Sin embargo, es una práctica muy común y frecuente, que los funcionarios y servidores públicos usen esta Declaración Jurada; no obstante haber realizado la comisión de servicios en lugares donde sí se expiden comprobantes de pago.

Con ello, podemos evidenciar que los viáticos que les son otorgados a los funcionarios y servidores públicos son utilizados de manera desproporcional y excesiva, sin ningún tipo de observancia de las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal; así como también sin la observancia de los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”, así como de los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad.

Siendo ello así, podemos señalar de que a nivel estatal, es muy común de que no exista un control efectivo respecto de estos caudales del Estado que son otorgados a los funcionarios y servidores públicos con la finalidad de que el aparato estatal funcione adecuadamente, pues se evidencia una inexistencia o relativización de exigencias administrativas de rendición de cuentas de los viáticos asignados. Pues en efecto, como se mencionaba, los viáticos pueden ser sustentados a través de comprobantes de pago (sustentación documentaria), pero también a través de declaraciones juradas simples; es decir se basan en el principio de confianza y la declaración del propio funcionario público, lo que determinaría la imposibilidad material de apreciar actos de indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos; por otro lado, en algunas entidades estatales, al momento que tienen los trabajadores del Estado de presentar sus respectivas rendiciones de viáticos, jamás los hacen, y no se les hace el seguimiento respectivo, ni los requerimientos adecuados para la sustentación de los gastos que realizarán durante la comisión de servicios.

Aunado a dicha problemática, tenemos que existe discordancia en la praxis judicial y en la doctrina nacional, pues existe la disyuntiva de considerar o no a los viáticos como instrumento configurador del Delito de Peculado, existiendo así la posición de considerar que en lo concerniente al tema de viáticos, al tratarse de montos no elevados que son asignados a los trabajadores estatales para desempeñar sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, estaríamos frente a apropiaciones de montos irrisorios, que no ameritarían la intervención del Derecho Penal; frente a la posición, asumida por nuestra parte, de que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos podría configurar el tipo penal propia del Delito de Peculado.

Ello, está permitiendo que los funcionarios y servidores públicos consideren que la falta de control posterior a la entrega del viático supone su liberalidad y, por lo tanto, les permite sostener que se trata de patrimonio integrado ya al ámbito personal del funcionario público y llevar así a excluir la relevancia penal del hecho, pues se niega la consideración de dicho importe como “caudal” del Estado. Pero además permite que se considere dichos actos de los funcionarios y/o servidores públicos como “*actos de distracción*” de dichas sumas dentro del margen del riesgo permitido, al considerar que la implementación de un sistema de control o fiscalización de los viáticos podría generar el efecto adverso de obstaculizar el funcionamiento adecuado del aparato estatal.

En tal sentido, estas deficiencias administrativas o esta normativa permisiva, o la incorrecta interpretación del fin político criminal del Delito de Peculado por parte de los operadores jurídicos, no supone que la suma de dinero asignada al funcionario o servidor público a título de viáticos se traslade a la esfera patrimonial de aquél, ni que la apropiación de dinero de la Administración Pública por parte del funcionario público resulte irrelevante penalmente porque la fiscalización y el control adecuados resulten de difícil concreción (REYNA, 2011); o porque se considere que los montos apropiados son irrisorios y que por ende no ameriten la intervención del derecho Penal; al considerar que la apropiación de montos mínimos no lesionaría para nada ni el correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni menos aún el patrimonio estatal.

Y, ello es así, por cuanto el Delito de Peculado es un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la Administración Pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del

cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del Estado, el Delito de Peculado no se configura. Posición que incluso ha sido recogida por la jurisprudencia nacional en la Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2000, pues allí se argumenta en forma resumida que el Delito de Peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados (Expediente N° 1132-98-Lima) (SALINAS, 2009).

Por ello, es que existe en nuestro Código Penal el Título XVIII, en donde se regula los Delitos contra la Administración Pública que comprende los delitos cometidos tanto por funcionarios, como por particulares que llegan a afectar en grado de lesión o peligro el bien jurídico “*Administración Pública*”; delitos, pues, como es obvio de entender, afectan a un punto de engarce entre el Estado y la Sociedad, de ahí que la Administración Pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la Sociedad, en tanto este último es destinatario de las funciones y servicios; pues lo verdaderamente importante es la eficiencia y eficacia del Estado, de allí entonces que, en el Derecho Penal se protege a la Administración contra los funcionarios públicos, se protege a la Administración contra los particulares que han lesionado o han puesto en peligro los valores propios de la

Administración Pública; por lo que es muy importante tener en cuenta que los roles que cumplen los funcionarios y servidores, roles que ellos asumen al ingresar a la Administración Pública, definirán la imagen que tiene la Administración Pública en la Sociedad (CANCHO, GARCÍA, PENA-CABRERA, PAREDES, PRADO, REÁTEGUI & VÁSQUEZ, 2014).

Cabe señalar, que si bien existe el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el cual ha precisado que el Delito de Peculado tiene como propósito político-criminal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; no obstante ello, inobservándose dicho fin político criminal, se ha venido emitiendo jurisprudencia en sentido contrario, cuando se ha estado frente a un caso concreto respecto a considerar que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos no constituiría Delito de Peculado, alegándose la irrelevancia de los viáticos dentro del Derecho Penal y atribuyéndoles sólo aspectos administrativos a su otorgamiento, jurisprudencia que detallaremos líneas más adelante cuando analicemos la problemática en cuestión.

Estos objetivos deben necesariamente ser conseguidos dentro de los contornos estrictos impuestos por el principio de legalidad penal; pues a través de este principio la regulación del Delito de Peculado como delito cualificado por el agente, es el que permite reconocer al funcionario público un halo de deberes de protección del patrimonio del Estado que inciden en el mayor desvalor subyacente a la infracción de los mismos; pues precisamente el Delito de Peculado es caracterizado por ser un delito consistente en la infracción de deber (ROXIN, citado por REYNA, 2011).

Finalmente, cabe aclarar que la presente investigación se diferencia de las ya existentes sobre el tema propuesto, como aquellas que postulan por un lado, *la no configuración del Delito de Peculado cuando se habla de viáticos*, puesto que señalan que su naturaleza jurídica hace que estos constituyan entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, y que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la administración pública al ámbito de su competencia personal, a efecto de usarlo para los fines asignados y que considerarlas dentro del tipo penal se estaría entendiendo como una apropiación *sui géneris*; y por tanto argumentan que el carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho Penal, impide asimilar dentro de los alcances del tipo en cuestión, conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos; pero dejan a salvo sólo su configuración dentro del tipo penal aquellos casos en que la comisión de servicios para la cual se otorgó el caudal en la que se iba a utilizar el mismo, no se realizó o se simuló (BARRIOS, 2010) (SALINAS, 2009); y de las que postulan que *la responsabilidad penal por Delito de Peculado sobre viáticos* radica: i) en la simple omisión de la obligación administrativa de rendición de cuentas por parte del funcionario o servidor público; ii) así como de otras que sostienen que es en la apropiación de viáticos donde reside el desvalor de la conducta propia del Delito de Peculado (REYNA, 2011); sino que asimilando que los viáticos sí constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado, nos atrevemos en ir más allá, y postulamos que es en la indebida utilización, administración y/o apropiación de los viáticos por parte de los trabajadores públicos, en las que se configura el Delito de Peculado, y que al realizar una interpretación de los verbos rectores exigidos para su configuración, la jurisprudencia de manera errada al hacer dicha

hermenéutica inobserva la finalidad político criminal del ilícito bajo análisis; con el agregado que al ser la presente una tarea de corte científico, es que además a ese análisis antes establecido, es que nosotros hemos añadido un análisis basándonos en la corriente iusfilosófica del tetradimensionalismo jurídico, la misma que incorpora a la Teoría tridimensional conformada por las dimensiones: *social, normativa y valorativa*; el factor *tiempo*, como un componente que dinamiza, articula y cohesiona el conocimiento jurídico a lo largo de la historia.

1.2 Formulación del problema

¿Cuáles son las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado?

1.3 Justificación

El presente trabajo es de suma importancia, por cuanto nos ha permitido por un lado, conocer de cerca cómo es que los funcionarios y servidores públicos, en la mayoría de los casos, utilizan, administran y/o se apropian de los viáticos que les son otorgados para realizar funciones fuera de su sede habitual de trabajo, de manera desproporcional y excesiva, sin ningún tipo de observancia de las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal; así como también sin la observancia de los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”, así como de los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre

los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad; y por otro lado, nos ha permitido conocer la existencia de jurisprudencia y doctrina discordante, sobre la materia de la presente investigación, y así entender que aquellas que niegan toda posibilidad de que los viáticos constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado, lo hacen desconociendo o no tomando en cuenta el fin político criminal del Delito de Peculado; así como las que hasta ahora la asimilan de manera positiva, la han hecho de manera restrictiva no otorgando la preponderancia suficiente a dicho fin.

Es así, que a través de la presente investigación, tomando en cuenta el fin en referencia, y haciendo un análisis crítico de la problemática planteada por intermedio de la corriente iusfilosófica del tetradimensionalismo, es que hemos podido determinar que las consecuencias jurídico-penales se amplían y/o son aplicables tanto a la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública; como es el caso cuando no se rinden cuentas del monto de dinero asignado por concepto de viáticos, o como cuando se presentan rendiciones de viáticos con comprobantes de pago que contienen consumos excesivos, o que han sido conseguidos de favor sin que se haya producido un consumo efectivo de los mismos; o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados en las comisiones de servicio a través de declaraciones juradas simples, sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa administrativa pertinente.

Por último, tenemos la humilde pero firme convicción, de que el presente estudio es necesario, pues contribuye al establecimiento de soluciones frente a esta problemática; pues lo que se busca es que exista una plena garantía de la protección penal de la funcionalidad

de la Administración Pública, la misma que se encuentra en la confianza de la Sociedad en la Administración Pública y en sus funcionarios.

1.4 Ámbito de investigación

1.4.1. Delimitación Temática

El presente trabajo aborda el tema de cómo es que los viáticos asignados a los funcionarios y/o servidores públicos de la Administración Pública; los cuales son otorgados con la finalidad de que se lleven a cabo comisiones de servicios fuera del lugar habitual de trabajo y así satisfacer las necesidades propias de la entidad pública; podrían convertirse en instrumento configurador del Delito de Peculado; cuando son indebidamente utilizados, administrados y/o apropiados, pese a la doctrina y jurisprudencia discordante sobre la misma.

1.4.2. Delimitación Espacial o Geográfica

En el presente estudio se desarrollará dentro del ámbito espacial del territorio peruano.

1.4.3. Delimitación Temporal o Cronológica

En la investigación no se tiene un ámbito temporal en específico por cuanto la normatividad que regula la institución jurídica objeto de análisis como es el Código Penal, el cual regula el Delito de Peculado, se encuentra vigente y si bien desde el momento de su dación a la fecha ha sufrido algunas modificatorias; ello no determina que el presente estudio se delimite temporalmente.

1.5. Tipo de investigación

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

El trabajo realizado se hizo sobre la base de un diseño especializado logrando abordar con profundidad el problema planteado objeto de la presente investigación. Pues el presente trabajo es uno de tipo dogmático-formalista, ya que nos hemos centrado a la par, tanto en los aspectos conceptuales; como en los reales de las instituciones o normas jurídicas en estudio, adhiriéndole un análisis crítico iusfilosófico.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

Se ha realizado un estudio No Experimental; ya que estuvo encaminado de manera específica, a ser un estudio de índole Jurídico-Descriptiva, ya que utilizando el método de análisis, se hizo posible descomponer el problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de la norma o institución jurídica bajo estudio.

Siendo así, el estudio realizado en el presente trabajo de investigación, referido a entender cuáles son razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado, es: explorativo, descriptivo y explicativo, pretendiendo realizarlo de la siguiente manera:

Se realizó primeramente un estudio explorativo; puesto que el estudio realizado posee pocos antecedentes en cuanto a su modelo teórico o a su aplicación práctica, por lo menos en el derecho nacional, pues como se ha podido apreciar en la realidad, existe

un deficiente y discordante tratamiento jurisprudencial y doctrinario, existiendo solamente estudios de manera general en cuanto al tipo penal; mas sólo pocos respecto a la problemática planteada (razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado). Para ello, hemos hecho una recopilación de tipo teórico, por la ausencia de un modelo específico referido a nuestro problema de investigación, que permita a los operadores del derecho un modo amplio de aplicación en lo referente a este tema de estudio, pues, como hemos señalado, la presente investigación se diferencia de las ya existentes sobre el tema propuesto, como de aquellas que postulan por un lado, *la no configuración del Delito de Peculado cuando se habla de viáticos*, puesto que señalan que su naturaleza jurídica hace que estos constituyan entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, y que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de su competencia personal, a efecto de usarlo para los fines asignados y que considerarlas dentro del tipo penal se estaría entendiendo como una apropiación *sui géneris*; y por tanto argumentan que el carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho Penal, impide asimilar dentro de los alcances del tipo en cuestión, conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos; pero dejan a salvo sólo su configuración dentro del tipo penal aquellos casos en que la comisión de servicios para la cual se otorgó el caudal en la que se iba a utilizar el mismo, no se realizó o se simuló (BARRIOS, 2010) (SALINAS, 2009); pero además se diferencia de las que postulan que *la responsabilidad penal por*

Delito de Peculado sobre viáticos radica: i) en la simple omisión de la obligación administrativa de rendición de cuentas por parte del funcionario o servidor público; ii) así como de otras que sostienen que es en la apropiación de viáticos donde reside el desvalor de la conducta propia del Delito de Peculado (REYNA, 2011).

Una vez realizado el estudio explorativo del mismo, realizamos un estudio descriptivo, pues hemos identificado los elementos y características del problema de investigación, a fin de poder abordar con mayor responsabilidad el estudio en cuestión; estableciendo además el cómo y el por qué se presenta tal situación, que hoy constituye nuestro problema a investigar. Este nivel de estudio nos permitió caracterizar los hechos y situaciones por las cuales se identifica nuestro problema de investigación, ya que como señalamos anteriormente, al ocuparnos de la problemática a investigar y en la elaboración del marco teórico, nuestro problema planteado y los hechos que comprende, vienen vulnerando el correcto funcionamiento de la Administración Pública y por ende incrementando la desconfianza de la sociedad en la misma; con las deficiencias que hemos logrado demostrar al culminar nuestro estudio; al transgredirse tanto el aspecto ontológico como deontológico del derecho.

Acabado el estudio en los dos niveles descritos anteriormente, hemos realizado un estudio explicativo del problema de investigación, el cual permitió por un lado, la comprobación de las hipótesis planteadas en el presente proyecto y; por otro, el poder proponer alternativas de solución que contribuyan al correcto desempeño de la Administración Pública. En esta etapa, realizamos también, un análisis crítico y exhaustivo de la normatividad analizada en cuestión, que nos permitió establecer la relación de multicausalidad que se presenta al describir los elementos, características,

hechos y situaciones que producen el problema de investigación, que hoy nos ocupa estudiar y analizar. A la vez, que los resultados del trabajo realizado, contribuirán al modelo teórico de los hechos y fenómenos generalizados, los mismos que se han presentado a partir de nuestro problema de investigación. De ahí que asimilando que los viáticos sí constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado, nos atrevemos en ir más allá, y postulamos que es en la indebida utilización, administración y/o apropiación de los viáticos por parte de los trabajadores públicos, en las que se configura el Delito de Peculado, y que al realizar una interpretación de los verbos rectores exigidos para su configuración, la jurisprudencia de manera errada al hacer dicha hermenéutica inobserva la finalidad político criminal del ilícito bajo análisis; con el agregado que al ser la presente una tarea de corte científico, es que además a ese análisis antes establecido, es que nosotros hemos añadido un análisis basándonos en la corriente iusfilosófica del tetradimensionalismo jurídico, la misma que incorpora a la Teoría tridimensional conformada por las dimensiones: *social*, *normativa* y *valorativa*; el factor *tiempo*, como un componente que dinamiza, articula y cohesiona el conocimiento jurídico a lo largo de la historia.

Además, creemos que el tema de análisis contribuirá como base para que otros investigadores puedan realizar estudios sobre temas relacionados al mismo y por qué no, proporcionar también otros puntos de vista o análisis del presente tema de investigación.

1.6 Objetivos de la investigación

1.6.1. Generales

- Determinar las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado.

1.6.2. Específicos

- Determinar cómo es que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos transgrede el Principio de la No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, fin político-criminal del Delito de Peculado.
- Determinar cuándo o cómo se produce un abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, a consecuencia de la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos.
- Determinar cómo es que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos inobserva el fin político-criminal del Delito de Peculado.
- Determinar cómo es que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos transgrede la lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.

1.7. Hipótesis de investigación

1.7.1. Las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento

configurador del Delito de Peculado son:

- Transgresión del Principio de No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.
- Abuso de poder del funcionario o servidor público e inobservancia del deber funcional como elemento característico del Delito de Peculado.
- Observancia del fin político-criminal del Delito de Peculado.
- La lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.

1.8. Metodología de la investigación

En la presente investigación, debido al tipo de estudio que nos ocupa, al momento de establecer el tipo de estudio a realizar, hemos tenido que concurrir a la utilización de diversos métodos, de los cuales creemos que los más relevantes han sido: el Dogmático jurídico-formalista, inductivo-deductivo y el analítico-sintético, entre otros que nos han permitido obtener una manera lógica para la adquisición del conocimiento que hoy nos ocupa.

1.8.1. Método Dogmático Jurídico-formalista:

Se utilizó el método dogmático jurídico-formalista, cuando se realizó el estudio doctrinario de las diferentes instituciones jurídicas en las que se encuentra enmarcada el desarrollo de la presente investigación, además se ha tenido en cuenta la

normatividad vigente por cuanto esta a su vez ha sido objeto de análisis en correlación con la doctrina que la ha sustentado.

1.8.2. Método Analítico-Sintético:

La utilización del método analítico-sintético, nos permitió establecer las causas y efectos de nuestro problema de investigación, en el proceso de conocimiento, por cuanto resultó de suma trascendencia en el establecimiento de las causas y los efectos que ellas originan en el tema que nos ocupó investigar.

1.8.3. Método Inductivo-Deductivo:

Luego de haber realizado un estudio de la dogmática jurídica que da sustento a la aparición de la institución jurídica bajo estudio, y luego de haber realizado un análisis de la figura en investigación y su normatividad sustentatoria, realizamos la contrastación vía argumentación con el marco teórico general de nuestro problema de investigación para obtener así los resultados, que nos ha permitido establecer las causas y el porqué de las mismas, ya que luego de establecido nuestro marco teórico general, hemos realizado la descripción de cómo se presenta el problema en nuestra legislación y/o a nivel doctrinario jurisprudencial a fin de poder aplicarla en las realidades concretas que establece nuestro tema de estudio.

1.8.4. Método de Interpretación o Hermenéutica Jurídica:

En nuestra investigación, el presente método nos ha servido, en el análisis y estudio de la normatividad relacionada con nuestro tema de investigación, ya que nos ha permitido desentrañar cuál es el verdadero sentido o *ratio legis* de la institución

jurídica del Delito de Peculado, a través de la norma jurídica que lo sustenta, así como su origen y fundamentación doctrinal, lo que nos llevó a utilizar según fue conveniente las diferentes formas de interpretación con las que cuenta dicho método.

1.8.5. Método de Argumentación Jurídica:

La utilización de este método, nos ha permitido elaborar el discurso jurídico relevante y bien estructurado; ya que para el mismo, hemos utilizado las reglas técnicas, desmembrando el objeto de estudio en todo su sentido gramatical, para con ello elaborar las proposiciones jurídicas referentes al tema investigado.

1.9. Técnicas e instrumentos

En efecto, los procedimientos de recopilación, de información y datos, constituyen una técnica imprescindible en toda investigación, siendo que el registro y recolección de datos tiene una máxima importancia para la elaboración de la tesis, ya que a través de estas actividades nos ha permitido acumular racionalmente todo el material necesario para el desarrollo y comprobación de nuestra hipótesis.

1.9.1. Técnicas

Demás está decir, que en las investigaciones jurídicas se usan generalmente literatura relacionada a la doctrina jurídica, e información legislativa y jurisprudencia, por lo que las técnicas utilizadas en el presente trabajo de investigación son:

- **Análisis de contenido**, tanto normativo como dogmático, por el que realizamos una serie de operaciones racionales para comprender el contenido de las fuentes, haciendo el deslinde adecuado de las ideas principales y secundarias que subyacen de ellas en correlación con nuestro tema de investigación, en la que se requirió una seria concentración del investigador y el uso de técnicas de lectura adecuadas.
- **Interpretativas**, en los métodos histórico y hermenéutico resultó necesario la técnica de interpretación histórica, en virtud de la cual se buscó desentrañar el significado de las normas conforme a su evolución en la realidad jurídico-social. Así en el método comparativo, ha sido necesario recurrir a la interpretación comparada, que se sustenta en el parangón de las instituciones jurídicas.
- **Fichaje**, tanto normativo como dogmático, pues esto nos ha permitido una selección y recopilación de datos documentales de manera organizada y sistematizada; ya que la mayoría de datos de nuestra investigación, por no decirlo casi en su totalidad, descansan en libros o artículos de revistas; convirtiéndose en ese sentido las fichas en unidades de información organizadas.

1.9.2. Instrumentos:

Los instrumentos son entendidos como los medios físicos en los que se consigna la información para su posterior procesamiento.

- En el análisis de contenidos, se utilizaron registro de notas (manual y computarizado), tanto para la recolección de la bibliografía revisada (en la que hemos procedido a sintetizar las lecturas que ha sido de nuestro interés, y en las cuales hemos consignado con nuestras propias palabras las ideas y los datos que nos han proporcionado los autores cuya bibliografía se ha revisado; e incluso hemos consignado impresiones sobre el texto de algún autor en nuestras propias palabras); así como para la normatividad revisada y analizada.
- Para el fichaje de la información, se han usado fichas resumen, fichas textuales, y fichas bibliográficas.

1.10. Unidad de análisis

En el presente estudio, la unidad de análisis lo constituye la institución jurídica: “Delito de Peculado”, la misma que se encuentra regulada en el Artículo 387° del Código Penal³.

³ No obstante ello, se procederá a presentar algunas rendiciones de viáticos presentados por los funcionarios y servidores públicos del Gobierno Regional de Cajamarca durante el año 2012, cuya información representa el sustento fáctico de la problemática de la presente investigación.

CAPÍTULO II

TEORIA TETRADIMENSIONAL DEL DERECHO

2.1. Consideraciones Generales

Todo trabajo de investigación jurídica, tiene que cumplir con las exigencias de una investigación científica. En Derecho, toda investigación teórica o aplicada debe fundamentarse en una determinada concepción del Derecho. En ese orden de ideas la presente investigación debe sustentarse en alguna corriente filosófica de orden jurídico que sustente y guie su desarrollo así como su culminación. Así la filosofía jurídica en tal sentido cumple dos objetivos: primero, servir de sustento a cada uno de los temas desarrollados; y segundo, servir como principio motivador y guía para llegar a las conclusiones serias y elaboradas de manera correcta.

Conforme lo expone Javier TAMAYO, y quien manifiesta que no hay nada nuevo bajo el sol en los caminos trillados del derecho y todos somos portadores de una determinada ideología que, consciente o inconscientemente, determinará la filosofía subyacente de nuestra tesis (TAMAYO citado por ANGELES, 1992); de manera que sin transgredir los principios de objetividad, disciplina y amplitud de criterio, que debemos observar en el

desarrollo de nuestra investigación, es imperativo adoptar una postura iusfilosófica que guíe y sustente nuestra tesis.

2.2. Las Corrientes Filosóficas del Derecho

Las grandes corrientes filosóficas del Derecho nos permiten conocer los planteamientos y la evolución de las concepciones iusfilosóficas y su permanente incidencia en el Derecho positivo. Entre las corrientes filosóficas clásicas del Derecho tenemos: el Iusnaturalismo, sustentada por el pensamiento de Santo Tomás DE AQUINO y Immanuel KANT, para quienes el Derecho tiene un origen divino (ANGELES, 1992).

Así también, encontramos a la corriente Humanista del Derecho, la cual se sustenta en el ser de la persona: su libertad, y plantea que éste es el creador y protagonista principal del derecho; es decir, en palabras de Protágoras, el humanismo jurídico entiende que “el hombre es la medida de las cosas” (CABANELLAS, 1996).

Por otro lado, tenemos al Historicismo Jurídico, cuyos mayores exponentes son Friederich Karl VON SAVIGNY, SCHELLING y HEGEL, quienes sostienen que el fundamento del Derecho es la experiencia histórico cultural del individuo, por lo que la costumbre es su principal fuente. De igual modo, el Positivismo, postulado por el matemático y filósofo francés Augusto COMTE, quien postula la existencia de un orden jurídico positivizado en normas escritas y de un estado como creador del Derecho (ALZAMORA, 1976).

Cabe señalar, que entre las que podríamos llamar filosofías modernas del derecho tenemos: La Teoría Pura del Derecho, cuyo más alto representante es el jurista y filósofo austriaco, Hans KELSEN, quien postula un derecho positivo liberado de cuestiones morales, políticas, psicológicas, etc. y, sustentado en la existencia de una norma jurídica escrita y de

un estado que la imponga (KELSEN, 2003). La Filosofía Marxista del Derecho, formulada por Carlos MARX y ENGELS, para quienes el Derecho antes que un hecho social es un proceso económico (ALZAMORA, 1976). La Teoría Ecológica del Derecho, cuyo creador es el filósofo y jurista argentino Carlos COSSIO, quien plantea que el ser humano es el centro y fin del Derecho (FERNANDEZ, 1995).

La complejidad del objeto de la ciencia del Derecho no había sido comprendida cabalmente por los iusfilósofos, hasta los últimos lustros, en que por fin se entendió que en el Derecho no todo es norma, ni todo es hecho social, sino que también juega un papel en su determinación lo axiológico; es decir, el valor de la justicia.

Es así que aparece la necesidad de formular las Teorías Integrativas, por lo que el jurista español Luis RECASENS SICHES, es quien empezó a plantear la necesidad de una Teoría Integrativa del Derecho, en que norma, hecho social y valor, encuentran un equilibrio dialéctico y real para explicar la complicada naturaleza del Derecho (RECASENS, 1977).

Finalmente, encontramos a las Teorías Integrativas del Derecho, cuyos mayores exponentes en esta parte del continente son: el iusfilósofo brasileño Miguel REALE, y el maestro peruano Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, quienes han dado cabida y fundamento a la Teoría Tridimensionalista del Derecho, quienes se han abocado a la misión de definir lo que es el Derecho, e inevitablemente se han encontrado con tres elementos a saber: la conducta humana, valores y normas jurídicas. Sin embargo, como hemos visto a través de la historia, se han sucedido una serie de orientaciones que han identificado al Derecho con uno solo de estos elementos. Así tenemos, que el Iusnaturalismo consideran al Derecho en su aspecto estimativo; el Historicismo, lo considera en su fase social -aunque desde un

punto de vista romántico-; y el Positivismo concibe al fenómeno jurídico como un conjunto de normas. Al iusnaturalismo le interesan los “valores”, al iusformalismo las “normas”, y al iusrealismo los “hechos”. En este sentido, resulta inobjetable que cada una de estas perspectivas tiene sus aciertos y sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno. Así el iusrealismo no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo.

De las tres posturas, podemos tomar lo que nos sea de utilidad. Sin embargo, parece imposible dar un concepto unívoco del derecho, por la sencilla razón de que se trata de definirlo desde tres diversos puntos de vista. Con gran acierto, Eduardo GARCIA MAYNEZ apunta que el error de quienes han pretendido encerrar en una sola definición (en el caso del derecho) objetos diferentes entre sí, no implica únicamente confusión de puntos de vista, sino, lo que es peor, concomitante confusión de los objetos contemplados (GARCIA, 1997).

Asimismo, cabe mencionar que los objetos del conocimiento designados como derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real, no se excluyen entre sí, pero tampoco se auto implican, aunque es aconsejable que el ideal del derecho sea un derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real. Cada uno de estos derechos es estudiado desde cada una de las perspectivas que mencionamos con anterioridad, y a modo de síntesis: 1) El iusnaturalismo se ocupa del derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores; 2) El iusformalismo se identifica con el derecho vigente o formal, y lo que le preocupa son las normas; 3) El iusrealismo se enfoca al derecho eficaz o real, y lo que lo fundamenta son los hechos.

De igual modo, cabe evocar las enseñanzas del filósofo de KÖNIGSBERG, quien destacó la existencia de dos formas puras de intuición sensible, a saber: espacio y tiempo (Königsberg citado por KANT, 1983). El estudio de la historia demuestra que el derecho no ha sido el mismo en todas las coordenadas espaciales-temporales. Al respecto, BOBBIO comenta que para formular leyes y principios universales en materia de la ciencia del derecho, es preciso atender no sólo a la naturaleza humana, sino a las condiciones históricas que determinan las cambiantes leyes de pueblo a pueblo, de tiempo a tiempo (BOBBIO & BOVERO, 1992).

Consideramos a estas concepciones dentro de una primera etapa, que podríamos llamar intuitiva o pre-tridimensionalista, en la cual el fenómeno jurídico es entendido unilateralmente, con exclusión de sus demás elementos. No todos los juristas, por cierto, concibieron al Derecho de esta manera. Hubo un sector de la doctrina que comprendió el fenómeno jurídico en su estructura tri-elemental; sin embargo, de una manera desarticulada. REALE, califica esta posición como una teoría tridimensional genérica o abstracta, por cuanto concibe a los elementos constitutivos del Derecho sin relacionarlos coherentemente (REALE citado por FERNANDEZ,1998).

Posteriormente, el pensamiento jurídico madura y comprende que no se puede captar lo jurídico sin la presencia integral de sus elementos. Señala REALE que SAUER introduce su teoría de la “mónada de valor”, en la cual el elemento axiológico del Derecho es primordial, por cuanto integra tanto a la conducta como a la norma. A su vez sostiene que HALL desarrolla el integrativismo jurídico desde un punto de vista sociológico. Por lo que REALE observa que el problema que queda abierto tanto en la postura de SAUER como la de HALL consiste en saber cómo se correlacionan los tres elementos en la unidad esencial

a la experiencia jurídica, pues sin unidad de integración no hay dimensiones, sino meras perspectivas o puntos de vista (REALE, 1997).

En Latinoamérica convergen una serie de pensamientos que dan como resultado la teoría tridimensional específica del Derecho. GARCÍA MAYNEZ, sostiene que el Derecho puede ser visto desde tres perspectivas, a saber: a) Derecho formalmente válido, es el creado y reconocido por la autoridad competente, investida para ello; b) Derecho intrínsecamente válido, es aquel que conocemos como Derecho natural y c) Derecho positivo, es aquel Derecho que tiene la característica de la eficacia, o sea es aquel Derecho que se cumple (GARCÍA citado por REALE, 1997). Sin embargo, no se llega a integrar estos tres objetos, aunque se admite que se encuentran inter-relacionados. Es por ello que esta posición es conocida como de un perspectivismo jurídico.

Miguel REALE afirma que COSSIO distingue los objetos mundanales, es decir, aquellos que tienen como soporte un objeto material o una objetivación de la vida humana, de los objetos egológicos, cuyo sustrato es la propia conducta humana. Ambos objetos – mundanales y egológicos- son especies del género objetos culturales. El Derecho es considerado como un objeto cultural egológico. El objeto del Derecho es la conducta humana, que tiene estructura valorativa y la norma es la que se integra a la conducta. La conducta humana se revela así como elemento integrador de las normas y valores (REALE, 1997).

Dentro de este panorama surge el tridimensionalismo específico a través de sus creadores: REALE y FERNANDEZ SESSAREGO. Ambos, sin tener uno conocimiento del otro, elaboran esta nueva concepción del Derecho, coincidiendo en la inescindibilidad de sus

elementos; pero, al mismo tiempo, divergiendo en algunos aspectos. Ha sido REALE dice ALZAMORA VALDEZ, quien acuña el nombre a la Teoría Tridimensional y hace la distinción de las corrientes abstracta y específica dentro de ella; así observa que: “desde su origen, esto es, desde la aparición de la norma jurídica –que es síntesis integrante de hechos ordenados según valores- hasta el momento final de su aplicación, el Derecho se caracteriza por su estructura tridimensional, en la cual hechos y valores se dialectizan, esto es, obedecen a un proceso dinámico” (ALZAMORA, 1976).

Por su parte FERNANDEZ SESSAREGO, en su tesis de bachiller Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho (1950), la misma que fuera posteriormente publicada bajo el título de El Derecho como libertad, expresa que la ciencia jurídica o ciencia del Derecho –o simplemente Derecho- se constituye por la integración de tres elementos: norma –pensamiento-, conducta humana –objeto- y valor –finalidad-. Tres elementos que pertenecen al ámbito del Derecho, que se exigen mutuamente, y que al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica” (FERNANDEZ, 1998). En ambos estudios encontramos que llegan a captar la forzosa relación existente entre los elementos que integran el Derecho, sin “abstraerse” a ninguno de ellos, por lo cual su posición es la de un tridimensionalismo específico o concreto. No obstante, existe una serie de matices de pensamiento, que intentaremos aclarar.

En cuanto a la nomenclatura del objeto a estudiar, REALE utiliza el término “dimensión”; mientras que FERNANDEZ SESSAREGO se refiere a “elementos”, palabra que proviene del latín *elementum*, que significa sustancia primaria. REALE, si bien admite que es corriente el empleo del término “dimensión” para indicar la cualidad o posición de algo en función de una cierta perspectiva o plano de análisis, lo utiliza en un sentido filosófico y no

físico-matemático, entendiendo dimensión como un proceso, cuyos elementos o momentos constitutivos son hecho, valor y norma.

Así nos dice Mario ALZAMORA VALDEZ que respecto al elemento fáctico del Derecho, REALE se refiere al “hecho”, mientras que FERNANDEZ SESSAREGO a la “conducta humana”. Ya que el primero expresaba que se debe distinguir entre hecho del Derecho, global y unitario entendido como acontecimiento espiritual e histórico, y el hecho en cuanto factor o dimensión de dicha experiencia. En este segundo caso la palabra hecho indica la circunstancialidad condicionante de cada momento particular en el desarrollo del proceso jurídico. Ahora, “hecho”, en esta acepción particular, es todo aquello que en la vida del Derecho corresponde a lo ya dado en el medio social y que valorativamente integra en la unidad ordenadora de la norma jurídica, resultando de la dialecticidad de dichos tres factores el Derecho como “hecho histórico-cultural” (ALZAMORA, 1976).

Para FERNANDEZ SESSAREGO, la conducta humana es libertad metafísica fenomenalizada. Libertad que se manifiesta. Y, por poseer un sentido, por tener una contextura estimativa, es un objeto cultural, agregando que para que sea posible la ciencia del Derecho, esa conducta en su relación intersubjetiva y realizando determinados valores debe estar representada por normas, desde que toda ciencia comporta un orden de conocimientos sobre su objeto.

Es aquí donde encontramos una diferencia sustancial, porque REALE objetiva el hecho, se queda en su mención normativa, mientras que FERNANDEZ SESSAREGO llega al contenido ontológico del Derecho: vida humana, para luego ser significada por la norma. Es más, REALE expresa que: “el problema de la conducta es, sin duda, primordial, pues

todo lo que se contiene en la experiencia jurídica, puede y debe remontarse, directa o indirectamente, a su fuente creadora o reveladora, ciertamente, pero sería grave error olvidar que cualquier acto humano encuentra, como soporte o condicionamiento, algo ya históricamente objetivado por obra del espíritu, como conducta, por así decir, institucionalizada”. En nuestra opinión REALE concibe su “hecho jurídico” de una manera estática, mientras que FERNANDEZ SESSAREGO enfoca la “conducta humana” dinámicamente (FERNANDEZ, 1998).

Es importante destacar dentro de esta concepción, cómo es la manera en que se correlacionan los elementos del Derecho. REALE expresa que: “la correlación entre dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la “implicación-polaridad” existente entre hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo, como solución superadora e integrante en los límites circunstanciales de lugar y tiempo (concreción histórica del proceso jurídico en una dialéctica de implicación y complementariedad)”. El mismo autor admite que su dialéctica es genérica de aquella propia de HEGEL o de MARX, y agrega que: “según la dialéctica de implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del Derecho” (REALE, 1997).

Resumiendo diremos que ésta teoría señala que el derecho está construida sobre la base de un triángulo (hay tres dimensiones; de ahí que sea tridimensional), en donde en una arista se encuentra la *conducta*, en la otra arista está el *valor* y en la tercera arista se encuentra la

norma. Estos tres elementos (conducta, valor y norma) son los pilares sobre los cuales se edifica todo el planteamiento tridimensional.

Como vimos el iusnaturalismo daba preeminencia al valor: hay principios inmutables y eternos que inspiran la Ley Divina y de esta surge la Ley Natural. Luego, el formalismo sólo captaba a la norma, señalando que el Derecho es un conjunto de normas y el quid del asunto está en interpretar dichas normas. Ambas tesis tenían un alcance eminentemente parcial del problema; por ello, el Tridimensionalismo arguye que el Derecho no es sólo valor y que tampoco es sólo norma, sino que es la conjunción dinámica de valor, norma y conducta. Por tanto estos elementos conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en unidad integral motivan su aparición. Y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada. De esto deducimos, claramente, que son tres dimensiones interrelacionadas que producen el Derecho y a las cuales debe recurrirse para entender precisamente al Derecho.

2.3. La Teoría Tetradimensional del derecho

Como se ha detallado anteriormente, y conforme lo sostiene Miguel POLAINO, en el ámbito de la teoría general del Derecho se ha desarrollado una doctrina, conocida como “*teoría tridimensional del Derecho*”, que como lo hemos expuesto, pone de relieve las *tres dimensiones* esenciales de la experiencia jurídica, a saber: *hecho (dimensión social)*, *norma (dimensión normativa)* y *valor (dimensión valorativa)*; y que posteriormente, se ha sostenido la necesidad de incorporar una dimensión adicional, igualmente esencial y útil para el conocimiento del Derecho: el *tiempo* (medurado a lo largo de la *Historia*) (POLAINO, 2004).

Así, el autor antes citado, ha puesto de manifiesto, que las tres aludidas dimensiones del Derecho (sociedad, norma y valor) a la postre no son suficientes para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho tenido en cuenta. Se requiere, junto a las tres anteriores, una cuarta dimensión, representada por el factor tiempo (la Historia). La importancia de esta dimensión en la ciencia en general fue resaltada por la “teoría de la relatividad” de EINSTEIN, en la Sociología por la “teoría de los sistemas sociales” y en el Derecho en particular por diferentes autores. El Derecho, pues, posee una indudable dimensión histórica y temporal. Por lo que citando a Karl LARENZ, señala que éste sostenía que “las normas penales no caen del cielo”, sino que se conforman para una sociedad concreta en un momento histórico determinado; y agrega que ello incide de lleno en la gnoseología jurídica (teoría y crítica del conocimiento), determinando que el conocimiento del derecho no sea estático sino dinámico, siendo que esta cuarta dimensión permite temporalizar las otras tres dimensiones, de suerte que el jurista se aproxime al conocimiento del derecho, no de un modo puramente teórico o metodológico (sincrónico); sino real y concreto (diacrónico), y de esa manera permitir aproximarse al derecho vivo, palpitante, en acción, resaltando que así no se estudiaría el Derecho Penal de forma estática, sino de forma dinámica, en su contexto histórico o temporal, esto es, valorando su evolución anterior y relacionándola con la venidera. Sólo así el conocimiento científico adquiere una más completa dimensión, al valorar en el proceso gnoseológico-cognitivo, todas las caras de un mismo objeto de conocimiento. Y, sólo así se entiende el fenómeno delictivo, que integra el objeto de conocimiento y valoración del Derecho Penal, como algo normal: la acción delictiva es propia, característica y definitoria del ser humano, esto es, no separable de su condición

interna con un ser racional en el seno del mundo (del ambiente) que le ha tocado vivir.
(POLAINO, 2004).

CAPÍTULO III

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO

3.1. Consideraciones generales

La consolidación de la corrupción como fenómeno sistémico ha marcado el paso de la política criminal en los últimos años. De una visión particular o aislada de los Delitos contra la Administración Pública, se ha pasado a una concepción integral de la criminalidad en el desempeño de la función pública.

Este cambio de enfoque no es espontáneo o coyuntural. Responde en nuestro concepto a diversos factores, que trascienden a las motivaciones puramente moralistas (lealtad de funcionario público al Estado), autoritarias (sujeción del funcionario al Estado) o patrimonialistas (mayor valor del patrimonio público), en la protección de la función pública. Tiene que ver también con la consolidación del ejercicio de la ciudadanía, con la búsqueda de la igualdad de trato en la obtención de prestaciones públicas, con la exigencia de recibir servicios oportunos y de calidad, con la creación de un espacio de seguridad en las inversiones, y con la transparencia externa e interna de las instituciones.

Estos intereses públicos o privados hacen de la función pública una categoría jurídica de

carácter multidimensional. La amplitud del “objeto de protección”, en los delitos cometidos por funcionarios públicos o por particulares, contra la función pública, se engarza ciertamente con la evolución del rol del Estado frente al “administrado”. El Estado no es más concebido, como un productor de múltiples servicios públicos brindados a los administrados, por un funcionariado altamente burocratizado; por el contrario ha devenido en una institución subsidiaria compuesta por funcionarios ejecutivos que deben brindar productos de alta calidad a ciudadanos, en su función de clientes.

Ahora bien, la cuestión sometida a examen se relaciona a la posibilidad de comprender que los viáticos asignados a los funcionarios o servidores públicos podrían convertirse en instrumento configurador del Delito de Peculado. Y, ello precisamente, porque se evidencia una situación problemática y recurrente en las instancias administrativas, al presentarse casos cuyo objeto de prueba y calificación jurídica se centra en la interpretación de omisiones, incorrecciones e irregularidades en que incurren los funcionarios y servidores públicos en las rendiciones de cuentas por otorgamiento de viáticos con fondos oficiales, dados con ocasión de comisión de servicios extraordinaria, las que comúnmente no son calificadas como Delitos de Peculado doloso, en razón de un desconocimiento propio de que dichos viáticos constituyen patrimonio del Estado; y que por ende en sus calidades de funcionarios o servidores públicos se encuentran en la obligación de velar por su correcta administración en función de sus deberes de lealtad y probidad; en concordancia con los principios de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público.

Una atenta lectura de estas situaciones pone en cuestión su adecuación a dicho tipo penal, tanto a través de una subsunción directa, como mediante su interpretación a través de la prueba del indicio, como elemento del que sea posible inferir con suficiencia un acto de

indebida utilización, administración y/o apropiación doloso de fondos públicos.

Es así, que el pretender dar una respuesta afirmativa o negativa en torno a esta hipótesis, en efecto, va a traer como consecuencia la atribución de responsabilidad penal en contra del funcionario o servidor a quien se le asignó dicho concepto, a título de Delito de Peculado, de ahí la necesidad de plantear ciertas consideraciones previas, a fin de poder reconocer la respuesta al problema planteado.

Por lo que, a través del presente análisis jurídico-penal se revela los aspectos incompatibles de tales infracciones de carácter fiscal con la conducta prohibida delimitada en el artículo 387° del Código Penal. A tal efecto, se presenta una solución a través de la exploración de la naturaleza jurídica de los viáticos, y, sobre dicha base, se evalúa su compatibilidad con los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo penal de peculado, con especial incidencia en el bien jurídico protegido.

3.2. El enfoque de la Corrupción

Al respecto MONTOYA VIVANCO ha señalado que la corrupción se presenta en nuestro contexto como un fenómeno complejo que necesita ser analizado sobre la base de diversos enfoques con el fin de poder comprenderlo y, luego, combatirlo. De esta manera, en primer lugar, establece que es conveniente una aproximación al concepto general de corrupción y, posteriormente, a los diversos enfoques que se pueden utilizar para comprenderla en la realidad (MONTOYA, 2015).

3.2.1 Concepto de corrupción

El inicio de todo diagnóstico exige delimitar los conceptos básicos a tratar. En este sentido, resulta necesario precisar el concepto de corrupción. No obstante, definirla es una tarea que ha encontrado diversos obstáculos. En concreto, se han identificado tres grandes inconvenientes que explican la dificultad de este objetivo (GARDINER citado por MONTOYA, 2015):

1. Existen muchos problemas relacionados con la corrupción (como el fraude y el abuso de poder, entre otros) que son tratados de forma indistinta.
2. Existen diferencias importantes entre la corrupción reconocida por el ordenamiento jurídico, los actos de corrupción calificados por la población y los actos de corrupción que afectan intereses públicos y que no están reconocidos por el ordenamiento jurídico.
3. Existen diferencias entre las distintas sociedades en la utilización de la palabra corrupción.

Así se sostiene, que a pesar de ello, los siguientes elementos esenciales precisan el concepto de corrupción pública:

- *Antinormatividad*: todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas.
- *Interés privado*: todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, por lo que puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero.

- *Abuso de una función*: todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, de una función pública.

En ese sentido, concluye MONTOYA VIVANCO que la *corrupción* es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público.

3.2.2 Los enfoques sobre la corrupción

La compleja naturaleza del fenómeno de la corrupción ha motivado que diversas disciplinas científicas estudien y planteen diversas maneras de comprenderlo. En este sentido, y a modo de resumen, los enfoques más importantes sobre la corrupción son (MUJICA citado por MONTOYA, 2015):

- *El enfoque económico, que incluye tres objetivos*:

En primer lugar, la medición de los niveles de corrupción en una sociedad determinada, pero no tanto para planificar su erradicación sino para que los inversores privados controlen la variable de riesgo que este fenómeno implica.

En segundo lugar, la determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.

Finalmente, plantea un modelo de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como “agente y principal”. El más popular lo ha definido KLITGAARD al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde, si un agente tiene el monopolio (M)

de las decisiones y actúa con altos niveles de discrecionalidad (D) o autonomía y sin rendición de cuentas (A), se posibilitan márgenes de desviación (KLITGAARD citado por MONTOYA, 2015).

- *El enfoque jurídico–institucional:* esta perspectiva jurídica ha girado en torno a tres ejes (MUJICA citado por MONTOYA, 2015):

El estudio de la corrupción desde las premisas legales para entrever las deficiencias del sistema penal, el modo en que se deben plantear leyes para poder subsanar esos espacios y el intento de explicar la corrupción desde las ambiciones personales de determinados sujetos, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, a los que se debe controlar con mecanismos punitivos.

- *El enfoque cultural:* ni el criterio racional asentado en las perspectivas económicas ni los enfoques casuísticos donde se asienta el derecho permiten comprender las razones de la extensión, profundidad y la tolerancia social de la corrupción en una sociedad determinada. La perspectiva cultural, de manera complementaria, nos permite avanzar en esa dimensión de la corrupción como fenómeno extendido en los distintos niveles de la Administración Pública y de la sociedad civil.

Así, MONTOYA VIVANCO, tomando la Guía anticorrupción, elaborada por Transparencia Internacional (1997), ha evidenciado cuatro condiciones culturales básicas que inciden sobre la extensión y la tolerancia de las prácticas corruptas (MONTOYA, 2015):

- La tolerancia social hacia el goce de privilegios privados que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica.
- Una cultura de la ilegalidad generalizada que determina la existencia de grupos sociales que siente que la ley no cuenta para ellos.
- El conflicto entre las formas de organización y de sistemas normativos tradicionales y las normas que revelan el surgimiento de un orden social moderno.
- La escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad fundada en el bienestar común.

3.2.3. Clases de Corrupción

Descrito el concepto de corrupción, resulta necesario identificar los tipos de corrupción para poder comprender la magnitud de esta problemática. Podemos diferenciar las siguientes clases de corrupción (CASTRO, citado por MONTOYA, 2015):

- **Por su naturaleza**
 - ✓ *Corrupción política*: se puede observar en las altas esferas de decisión e involucran a los funcionarios públicos que ejercen funciones de poder político (congresistas, ministros, presidentes y otros).
 - ✓ *Corrupción burocrática o administrativa*: afecta los niveles intermedios y bajos de los organismos públicos. En este sentido, ya no involucra funcionarios con capacidad de decisión, sino

funcionarios encargados de la ejecución de las normas y del trato con los ciudadanos.

- **Por su grado de desarrollo**

- ✓ *Corrupción individual o directa*: se produce cuando los actos de corrupción y sus actores pueden ser identificados de forma clara. En otras palabras, el actor opera directamente sin la intervención de una red de corrupción. El ejemplo más claro de esto es la corrupción manifiesta en las “coimas” a los policías de tránsito.
- ✓ *Corrupción sistémica o institucionalizada*: se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción. De esta manera, es difícil determinar a todos los agentes que intervienen. Este tipo de corrupción se propaga fácilmente y provoca la ausencia de valores, lo que vuelve confusa la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

3.3. La Ética en la Función Pública

Como bien señala MONTOYA VIVANCO, una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores o pautas éticas en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública. Para ello, se toma como premisa que la ética, como modo debido de actuación humana, es un instrumento imprescindible para la lucha eficaz y multidisciplinar que requiere el fenómeno de la corrupción. Esta lucha, como es reconocido, no se limita solo a la mera sanción penal o administrativa de prácticas corruptas.

CORTINA ORTS señala que la ética tiene como objetivos principalmente tres ámbitos (CORTINA, citado por MONTOYA, 2015):

1. Dilucidar el contenido propio de la moral, más allá de las otras clases de saberes (jurídico, político o religioso).
2. Otorgar un fundamento filosófico a la moral.
3. Intentar aplicar los principios éticos generales, alcanzados en contextos históricos y deliberativos, a los distintos ámbitos de la vida profesional o de las actividades humanas (ética aplicada o deontología).

Así, MONTOYA VIVANCO, con respecto a esta última tarea, no es fácil la aplicación de los principios éticos en los distintos ámbitos de la actividad humana, puesto que en las actuales sociedades posmodernas, el enfoque escéptico y relativista de las cosas complica el descubrimiento de los principios comunes para todos. No obstante, desde la comunicación racional y equitativa de los miembros de una determinada comunidad es posible dialogar y encontrar criterios comunes o principios de aplicación a los diversos ámbitos de la vida cotidiana (MONTOYA, 2015). Por su parte, SEGURA NAYA, señala que de lo que se trata entonces, es de llevar a cabo una “ética aplicada” en determinado ámbito de las actividades y de las relaciones humanas. La ética aplicada a una determinada profesión se denomina deontología (SEGURA, citado por MONTOYA, 2015). En efecto, la deontología profesional resulta ser un sistema normativo (criterios, principio y pautas de conducta) destinado a orientar la conducta de personas dedicadas a una determinada profesión (médicos, economistas, empresarios, abogados, funcionarios públicos, etc.).

De este modo, SEGURA NAYA, concluye que la ética de la función pública cumple un papel muy importante en la lucha contra la corrupción estatal, ya que no es suficiente una política económica y/o legislativa (preventiva, represiva y de control) para combatirla, sino que se requiere la convicción y la necesidad práctica de una responsabilidad ética que sacuda los cimientos de la corrupción enquistada en el poder público (SEGURA, citado por MONTOYA, 2015).

3.4 De los principios, deberes y prohibiciones éticos de la Función Pública

Por Ley N° 27815, de fecha 13 de agosto del 2002, se reguló el Código de Ética de la Función Pública, reglamentado por el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, publicado el 19 de abril del 2005; el mismo que señala que los fines de la función pública son el Servicio a la Nación, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27658, “Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, promulgada el 29 de enero del año 2002.

En el contexto antes descrito, se establece en el artículo 6° de la normativa señalada, como Principios de la Función Pública, los siguientes:

- **Respeto:** el funcionario debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.
- **Probidad:** el funcionario debe actuar con rectitud, honradez y honestidad,

procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

- **Eficiencia:** el funcionario debe brindar calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.
- **Idoneidad:** el servidor debe estar apto técnica, legal y moralmente, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El funcionario debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.
- **Veracidad:** el funcionario debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.
- **Lealtad y Obediencia:** el funcionario actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución.
- **Justicia y Equidad:** el funcionario debe tener permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.
- **Lealtad al Estado de Derecho:** el funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de

facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública.

Asimismo, en el artículo 7º, se establece como Deberes de la Función Pública los siguientes:

- **Neutralidad:** el funcionario debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones.
- **Transparencia:** el funcionario debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna.
- **Discreción:** el servidor debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública.
- **Ejercicio Adecuado del Cargo:** el funcionario en el ejercicio de sus funciones no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas.
- **Uso Adecuado de los Bienes del Estado:** el funcionario debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran

sido específicamente destinados.

- **Responsabilidad:** Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública. Ante situaciones extraordinarias, el servidor público puede realizar aquellas tareas que por su naturaleza o modalidad no sean las estrictamente inherentes a su cargo, siempre que ellas resulten necesarias para mitigar, neutralizar o superar las dificultades que se enfrenten.

Cabe señalar, de igual modo, que la norma antes citada, estableció en el artículo 8° una serie de Prohibiciones Éticas de la Función Pública, las cuales son:

- **Mantener Intereses de Conflicto:** el funcionario no debe mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.
- **Obtener Ventajas Indevidas:** el funcionario no debe obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.
- **Realizar Actividades de Proselitismo Político:** el funcionario no debe realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos.
- **Hacer Mal Uso de Información Privilegiada:** el funcionario no debe participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la

entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés.

- **Presionar, Amenazar y/o Acosar:** el funcionario no debe ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas.

3.5. De la función pública y la Administración Financiera del Sector Público

Conviene en este punto, analizar brevemente la Ley N° 28112, “Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público”, normativa que ha establecido que la Administración Financiera del Sector Público está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico financiero cuya titularidad corresponde al Estado, a través de las entidades y organismos encargados de su administración conforme a Ley.

Es decir, que la Administración Financiera del Sector Público está orientada a viabilizar la gestión de los fondos públicos, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico, promoviendo el adecuado funcionamiento de sus sistemas conformantes, según las medidas de política económica establecidas, en concordancia con la Ley N° 27245, “Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal”, reglamentada por Decreto Supremo N° 066-2009-EF; y el Marco Macroeconómico Multianual⁴. Así, se establece como principios que

⁴ El Marco Macroeconómico Multianual (MMM), es el documento más relevante que el Gobierno del Perú emite en materia económica, contiene las proyecciones macroeconómicas para los tres años siguientes, el año para el cual se está elaborando el presupuesto y los dos años siguientes. Dichas proyecciones son revisadas por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Asimismo, se analizan y evalúan las principales medidas de política económica y social implementadas para alcanzar los objetivos trazados por la administración vigente.

enmarcan la Administración Financiera del Estado, la transparencia, la legalidad, eficiencia y eficacia.

Por su parte, la Ley N° 28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”, establece entre sus principios regulatorios los siguientes:

- **Economicidad:** Manejo y disposición de los fondos públicos viabilizando su óptima aplicación y seguimiento permanente, minimizando sus costos.
- **Veracidad:** Las autorizaciones y el procesamiento de operaciones en el nivel central se realizan presumiendo que la información registrada por la entidad se sustenta documentadamente respecto de los actos y hechos administrativos legalmente autorizados y ejecutados.
- **Oportunidad:** Percepción y acreditación de los fondos públicos en los plazos señalados, de forma tal que se encuentren disponibles en el momento y lugar en que se requiera proceder a su utilización.

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) es el responsable de la elaboración y publicación de este documento.

El MMM tiene como base legal la Ley N° 30099, Ley de Fortalecimiento de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal (LFRTF), la cual fue publicada el 31 de octubre del 2013, que sustituye a la Ley N° 27245, y sus modificatorias. El objetivo principal de esta norma es fortalecer el actual marco macro fiscal a través de una mayor predictibilidad y estabilidad del gasto público, aislándolo de la fuente más volátil de ingresos públicos. Se publica dos veces al año. La primera, a partir del 2014, antes del último día hábil del mes de abril de cada año el Consejo de Ministros deberá aprobarlo en sesión y publicarlo dentro de los dos días hábiles siguientes. La segunda edición en los últimos años viene siendo publicada entre la última semana de agosto y la primera semana de setiembre de cada año, en este caso no existe un límite legal establecido para su aprobación por parte del Consejo de Ministros (En: <https://www.mef.gob.pe/es/marco-macroeconomico/marco-macroeconomico-multianualmmm>).

CAPÍTULO IV

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

4.1. La conceptualización de Administración Pública en concordancia con el Derecho Penal

A través de la presente investigación, y al ser uno de los temas fundamentales sobre los cuales girará el estudio, el Delito de Peculado, previsto en el Título XVIII del Código Penal: “Delitos contra la Administración Pública”, realizaremos de cierto modo una interpretación exegética del mismo. Bajo esa óptica, cabe preguntarse entonces: ¿qué entendemos por Administración Pública? y ¿qué aspecto de la misma es materia de protección jurídico-penal?, esto es, ¿protegemos la institución (visión organicista), su funcionalidad (visión funcionalista), ambos (visión mixta)? Respuestas que nos permitirán entender qué es lo que se pretende castigar para lograr una eficaz tutela al bien jurídico a proteger.

En atención a ello, comenzaremos señalando que con la aparición del Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos, las prestaciones y servicios públicos adecuados para sus necesidades vitales. Se generan así, nuevas dimensiones en las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, así como entre los propios ciudadanos; entonces, si el Estado asume la

obligación de procurar a la población la prestación de servicios públicos, como consecuencia inherente al Estado Social, se tuvo que organizar la forma y los medios por los cuales dichas prestaciones tenían que llegar de forma efectiva a sus destinatarios (PEÑA-CABRERA, 2010).

Es así, que el Estado para que pudiera cumplir eficazmente sus fines esenciales de lograr el bienestar de la colectividad, fue indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se ha denominado en términos generales: “*Administración Pública*”, surgiendo la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajo los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius* constitucional.

Por lo que, desde una perspectiva organicista, administración es ante todo, organización (ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades), y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo (FRISANCHO, 2011).

Por el contrario, y siguiendo una perspectiva funcionalista, si bien en el terreno del Derecho Administrativo existe tendencia a circunscribir la Administración Pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al todo estatal, en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos. Administración Pública comprenderá entonces a las funciones y

competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Gobierno Locales y Regionales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos); quedando, obviamente, fuera del ámbito de la Administración Pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado (ROJAS, 2002).

Sin embargo, es dominante una visión mixta, estructural-funcionalista de Administración Pública, según la cual ésta sería el conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o competencias; estos entes u organismos, en ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir sus fines y objetivos que justifiquen su existencia dentro del quehacer público o estatal, fines y objetivos que en concreto buscan la prestación de un servicio público eficaz y eficiente; y que en abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad (GÁLVEZ, 2001).

No obstante las consideraciones advertidas, somos de la opinión que debemos entender a la Administración Pública como un ente jurídicamente organizado, dividido en una serie de estamentos, imbricados en los diferentes poderes del Estado; empero, dichos entes corporativos requieren para su funcionamiento, de sujetos que puedan viabilizar la operatividad de sus tareas públicas; así nos referimos a los funcionarios y servidores públicos, cuya conceptualización se desarrollará líneas más adelante, a quienes la Ley y la Constitución, les ha dotado de poderes y facultades funcionariales, con el objetivo fundamental de que la Administración Pública pueda plasmar y concretizar sus

lineamientos fundamentales. Dichas facultades pueden ser entendidas desde un doble plano a saber: primero, desde una dimensión *externa*, esto es las prestaciones que deben brindar a la población, en cuanto a los servicios públicos elementales (construcción de hospitales, plazas, parques, carreteras, pistas, etc.); así como el acceso directo a servicios de salud, educación, empleo, deporte, cultura, etc.; y, segundo, desde una dimensión *interna*, refiere a todas las gestiones que han de plasmarse en el ámbito interno de la Administración, en cuanto a los objetivos de rendimiento, eficacia y optimización de sus labores, en el desarrollo socio-económico de la Nación (PEÑA-CABRERA, 2010).

Evidenciamos entonces que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios, sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias; de tal forma que debemos entender a la Administración Pública como toda actividad realizada por quienes precisamente están encargados de poner en funcionamiento al Estado con el objetivo fundamental de que éste pueda cumplir sus fines; pero además, debemos entenderla también como un sistema social dinámico, que genera relaciones interpersonales entre los que integran la misma con los administrados, los cuales, debido a la importancia del interés social, justifican un marco normativo que encause dichas relaciones al régimen de legalidad propio de un Estado Constitucional de Derecho (BENAVENTE & CALDERÓN, 2012).

Ahora bien, en lo que respecta al concepto de Administración Pública que se maneja en el Derecho Penal, debemos tener en cuenta, que la protección penal abarca las funciones administrativas propiamente dichas, como las otras funciones del Estado, entre estas, la Administración de Justicia, que es una parte especialmente relevante del ejercicio de funciones públicas.

En nuestro país, es notoria la influencia italiana en la redacción del título dedicado a los Delitos contra la Administración Pública. Esta se distingue a partir de las modificaciones al Código Penal de 1924y, posteriormente, en la redacción del Código Penal de 1991. Así, se utiliza el concepto material de Administración Pública por ser el que guarda más armonía con la clasificación adoptada para describir típicamente estos delitos. En este sentido, “Administración Pública” denota toda la actividad del Estado: legislativa, judicial y ejecutiva, por lo que puede ser considerada como el complejo de funciones ejercidas por los órganos estatales, en la consecución de bienes colectivos. De esta manera, se entiende que atentan contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones (BRAMONT, 1995).

Cabe agregar, que en el ámbito penal se debe adoptar un concepto de Administración Pública que guarde armonía con los postulados básicos del Estado democrático de derecho, principalmente con los que tienen por cometido limitar el poder estatal para que la libertad de los ciudadanos no sufra menoscabo. Tal concepto es el material u objetivo en base al cual la Administración Pública está conformada por los actos de gobierno, emanados de cualquiera de los órganos del Estado. La actividad administrativa, en su conjunto, debe ceñirse a los parámetros de la ley y sólo a ella sin que cualquiera de los órganos del Estado pueda extender sus competencias o atribuciones más allá de lo establecido en la Constitución. El poner en plano de igualdad la actividad de gobierno de cualquiera de los órganos del Estado tiene importantes repercusiones en el Derecho Penal, entre estas, se distinguen las siguientes: a) Se suprime cualquier trato de privilegio al momento de aplicar la ley penal. No existe diferencia si el infractor de la ley penal pertenece al órgano

ejecutivo, legislativo o judicial; b) Pueden atentar contra la Administración pública aquellos particulares que perturban o impiden los actos de gobierno o funcionales de cualquiera de los órganos del Estado y no sólo la del ejecutivo; c) Se logra delimitar con mayor precisión aquellos delitos dirigidos a poner en peligro la propia existencia del Estado de aquellos otros que únicamente alteran su normal desarrollo y la credibilidad pública que debe existir en torno a la actividad administrativa estatal; d) A través del concepto material u objetivo se logra fijar con mayor precisión los contornos formales que separan los ilícitos administrativos de los ilícitos penales. Serán delictivos aquellos ilícitos que el legislador considere de mayor gravedad sin importar que provengan de la actividad desarrollada por el órgano ejecutivo, legislativo o judicial. Esto no sería posible si el legislador adoptara un concepto subjetivo u orgánico de Administración Pública, pues toda actividad administrativa que vulnere la ley penal sería catalogada como delito sólo cuando provenga del órgano ejecutivo del Estado (FRISANCHO, 2011).

4.2. El Derecho Penal administrativo

Hablar de Derecho Penal Administrativo, es hacer referencia al conjunto de disposiciones que asocian el incumplimiento de un deber concreto de los particulares para con la administración, con una pena determinada.

Los planteamientos doctrinarios que buscan fundamentar la autonomía del Derecho Penal Administrativo respecto del Derecho Penal común y del Derecho Administrativo, no han sido recepcionados pacíficamente. Se pone en duda que esta pretendida rama del derecho posea principios propios y con jerarquía. Los defensores de la tesis autonomista proponen

como objeto del Derecho Penal Administrativo el castigo de las contravenciones, faltas e infracciones siempre que no constituyan delitos(FRISANCHO, 2011).

4.2.1. La Tendencia Autonomista del Derecho Penal Administrativo

Según esta tesis, el Derecho Penal Administrativo comprendería normas cuya transgresión acarrearía sanciones sólo a título preventivo, por constituir un peligro para el orden público y la seguridad general o individual.

Se plantea que el Derecho Penal Administrativo se encuentra fuera del ámbito del Derecho Penal, ya que mientras el delito ataca bienes jurídicamente protegidos, en el caso del delito administrativo no tiene capacidad de proyectarse en la conciencia jurídica o moral, dado que representa una lesión a simples intereses de índole administrativa (LAMAS, 1996).

Aún más, entre ambas formas de delito no sólo existiría una diferencia de grado, sino también, un distanciamiento en el campo de la antijuridicidad y la culpabilidad.

En ese sentido, el delito administrativo vendría a ser la contravención de una obligación positiva que el ciudadano tiene hacia la administración. No es un delito de daño sino de auxilio frustrado. Proviene de una falta al deber de colaboración con la Administración Pública que implica quebrantar una finalidad social (FRISANCHO, 2011).

4.2.2. El Derecho Penal Administrativo como parte del Derecho Penal

Habiéndose descrito la tendencia unitaria, debemos mencionar que frente a esta tesis autonomista del Derecho Penal Administrativo, surge la tendencia unificadora, cuyo objetivo es la obtención de la unidad fundamental de todo el derecho represivo.

Como se esbozaba, la pretendida autonomía del Derecho Penal Administrativo se basa en una supuesta diferencia ontológica entre delitos y contravenciones. En realidad, no existen diferencias sustanciales u ontológicas entre las normas aplicadas por la autoridad judicial (Derecho Penal ordinario) y aquellas que sustentan la potestad sancionadora de la administración, por lo que de adoptarse esta corriente, creemos, se pondría en riesgo las garantías elementales que deben rodear la aplicación de todo orden jurídico represivo. Así, desde la perspectiva procesal, el reemplazo en el juzgamiento del Poder Judicial por el órgano de la administración y del proceso penal por el proceso administrativo, no pueden funcionar con la misma rigurosidad y estricta legalidad, en atención a la necesidad de protección de los bienes jurídicos susceptibles de afectación.

La Administración no posee una potestad sancionadora autónoma, pues ello la convertiría en juez y parte, con el consiguiente quebranto del principio de división de poderes. Es por ello, que la Constitución Política de 1993 establece la impugnabilidad -en la vía jurisdiccional- de las resoluciones administrativas que causan estado. Se trata de una forma de control judicial sobre la actividad sancionadora de la Administración.

Las decisiones o actos de la Administración Pública que vulneran el derecho y causan perjuicio a los particulares siempre serán impugnables en la vía judicial, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 148° de la Constitución, que a la letra señala: *“Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”*.

Nuestra Constitución ha adoptado la tendencia anglosajona que otorga a los particulares afectados por un acto⁵ administrativo el derecho de acudir a los tribunales de justicia para obtener la reparación del agravio (CHIRINOS & CHIRINOS, 1994).

4.3. Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo

Conforme lo sostiene GARCÍA CAVERO, los primeros planteamientos teóricos para distinguir el delito judicial del delito administrativo tuvieron lugar en la doctrina alemana a principios del siglo XX. Estos planteamientos postularon una diferencia material no meramente procesal, sobre la base de contenidos de injusto y culpabilidad completamente diferentes. La diferencia central radicaba en que el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir, la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era tenido simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal. Si bien a esta posición se le criticó desconocer que detrás de los delitos administrativos hubiese también un interés jurídicamente

⁵ Los actos de la administración pública de carácter general, tales como decretos, reglamentos, ordenanzas, etc., que fueran violatorios de la Constitución o de la ley, no podrán ser objeto de la acción contencioso-administrativa; sino que serán materia de los procesos constitucionales de Acción Popular y de Inconstitucionalidad.

protegido, se aceptó que éstos eran culturalmente indiferentes, es decir, que infringían una norma jurídica, pero no una norma de cultura. Algunos llegaron incluso a admitir un concepto de bien jurídico de carácter dogmático en los delitos administrativos como punto de referencia formal del juicio de antijuridicidad, pero sustancialmente distinto del bien jurídico de carácter filosófico-jurídico propio de los delitos judiciales.

Con el desarrollo doctrinal que se le dio al concepto de bien jurídico en los años setenta, se produjo un fenómeno que afectó la diferencia sustancial propuesta por la doctrina en la primera mitad del siglo XX. En efecto, el bien jurídico se alejó de consideraciones éticas y pasó a ser fundamentado en aspectos socio-funcionales, lo que significó, de alguna manera, un acercamiento con el fin de la regulación administrativa. Es así que terminó asentándose en la doctrina penal la opinión de que tanto el injusto penal como el administrativo lesionan bienes jurídicos, por lo que entre el delito y la infracción administrativa no habría más que una diferencia cuantitativa. La diferencia radicaría únicamente en la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, dejándose en manos del Derecho Penal las lesiones más graves. Un sector doctrinal lleva esta interpretación a un extremo tal que incluso deja de lado el criterio de la gravedad cuantitativa y lo sustituye por un criterio formal, es decir, que es el legislador el que decide qué es delito y qué es una infracción administrativa (GARCÍA, 2008).

4.3.1 Criterios de delimitación de lo penal y lo administrativo

FRISANCHO APARICIO, establece como criterios de delimitación de lo penal y lo administrativo en consideración a dos elementos: el elemento cuantitativo y el elemento cualitativo (FRISANCHO, 2011), en el sentido siguiente:

- **El elemento cuantitativo:** En ciertos casos, la propia normativa positiva establece claramente un elemento cuantitativo de distinción entre el delito y la infracción administrativa, en cuyo caso no habrá mayor discusión, de *lege lata*, para hacer la delimitación. La solución sigue una lógica binaria: el hecho concreto o es un delito, o es una infracción administrativa.
- **El elemento cualitativo:** En otros casos, puede ser que la legislación no establezca una delimitación entre delito e infracción administrativa, pero del tenor de las disposiciones legales correspondientes se puede apreciar con claridad cuál es el aspecto que hace que la conducta alcance el estatus de delito. La infracción administrativa abarca aquí a la conducta delictiva, pudiéndose distinguir lo que, es una simple infracción administrativa de aquello que es además un delito por un elemento estructural legalmente establecido.

No obstante, pese a los esfuerzos realizados para establecer una distinción cualitativa entre el ilícito penal e ilícito administrativo, ha quedado claro que no hay elementos de juicio suficientes para sostener la diferenciación, al no existir diferencia ontológica alguna. Entre ambos ilícitos sólo podemos hallar una diferencia meramente cuantitativa, en función a la mayor o menor gravedad del hecho antijurídico.

Por lo que, ambos ilícitos se diferencian desde el punto de vista formal, es decir, el único criterio para diferenciarlos es el de la naturaleza de las sanciones: el ilícito penal se caracteriza por ser castigado mediante una pena criminal, en cambio al ilícito administrativo se le asocia una sanción administrativa.

Otro criterio diferenciador lo ubicamos en la competencia, al verificar que la imposición de la sanción penal está reservada al órgano jurisdiccional, en tanto, la sanción administrativa puede ser impuesta por la Administración Pública.

Podemos mencionar, que desde un punto de vista cualitativo, la diferencia entre el injusto administrativo y el penal, se basa en el hecho de que el Derecho Penal se funda en la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y en la defensa del orden público; mientras que el ilícito administrativo comprende sólo la perturbación de un orden especial.

Desde una perspectiva cuantitativa, el injusto penal está constituido por los atentados más graves a la Administración Pública, reservándose los más leves para el derecho administrativo.

El ilícito penal administrativo siempre contiene un ilícito administrativo concretado en la infracción inevitable de normas de dicha índole. Generalmente, el mismo supuesto de hecho es presupuesto de sanción administrativa como penal.

No obstante lo señalado, para lograr establecer una diferencia entre ambos ilícitos puede servir de fundamento el carácter de las consecuencias jurídicas que están en juego al momento de transgredir ambos órdenes normativos, teniendo entonces, sin lugar a dudas, que la infracción penal es la más grave. Por ello, la sanción debe ser también más grave y, en consecuencia, su procedimiento de imposición debe rodearse de mayores garantías.

Presentadas las diferencias entre ambos ilícitos, debemos tener en cuenta que pese a ello, la sanción penal y la sanción administrativa pueden conformar una protección

global del orden administrativo del Estado. Ambas se complementan y refuerzan recíprocamente. La norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para la Administración Pública, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. La norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima de la actuación punitiva del Estado, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la fijada por la Administración. Sin embargo, no se debe olvidar que la sanción penal no significa dejar de lado la posibilidad de sancionar administrativamente de modo alternativo.

4.3.2. La concurrencia del proceso penal y administrativo sancionador - prohibición de doble procesamiento (*non bis in idem procesal*)

En lo que atañe a la prohibición de doble castigo, no basta con impedir la imposición de las dos sanciones concurrentes, sino que, dado que el procesamiento en sí constituye una carga sobre el ciudadano, debe establecerse mecanismos para impedir ese doble procesamiento. En consecuencia, si un hecho tiene una incidencia tanto penal, como administrativa, solamente deberá hacerse un procesamiento a la misma persona.

Lo primero que debe definirse es quién decide si un caso concreto tiene incidencia administrativa y penal; por lo que dado que el delito es el que tiene la mayor especificidad frente a la infracción administrativa, debe ser el sistema penal el que decida, por lo que le corresponderá al Ministerio Público tomar la decisión sobre si

un hecho tiene relevancia penal o si solamente cabe que el hecho se investigue en sede administrativa.

Una vez que se ha determinado que el hecho concreto tiene relevancia penal y administrativa, debe establecerse si la aplicación conjunta de pena y sanción administrativa conlleva una sobre reacción sancionatoria. Para evitar ello, resulta necesario limitar el castigo a una sola sanción, por lo que debe decidirse cuál de las sanciones debe prevalecer. La regla asumida en nuestra legislación es la preeminencia del castigo penal. Por lo tanto, si se inicia un proceso penal, el procedimiento administrativo sancionador no tiene que iniciarse o, si es que ya se inició, no deberá continuar. Si el proceso penal concluye con una condena penal, esta situación cerrará definitivamente la posibilidad de un procesamiento administrativo. En caso de absolución, por el contrario, se podrá reabrir el proceso administrativo sancionador aunque manteniendo los hechos judicialmente determinados.

Cabe señalar, que la afirmación de que una sentencia condenatoria en sede penal cierra la posibilidad de abrir un procedimiento administrativo sancionador debe relativizarse en caso de condenas que no imponen sanciones, o éstas no se ejecutan. Esto sucede en el caso de la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena. Por lo tanto, si bien el condenado gozó del beneficio de la reserva del fallo o de la suspensión de la ejecución de la pena, este beneficio tiene un radio de acción limitada a la sanción penal y no debe alcanzar a la sanción administrativa.

Pero, no se trata ya de un mecanismo que apunte a evitar una excesiva doble sanción, sino de evitar respuestas estatales contradictorias. En efecto, razones de

seguridad jurídica obligan a que la base fáctica sobre la que se decide el tema penal y el tema disciplinario sea la misma. Dado el carácter definitivo de la determinación judicial de los hechos, es el proceso penal el que debe determinar la base fáctica sobre la que los órganos administrativos deben decidir la sanción disciplinaria. En consecuencia, el procedimiento disciplinario debe suspenderse hasta que en el proceso penal se determine la base fáctica sobre la que decidir la responsabilidad disciplinaria (GARCÍA, 2013).

4.4. Delitos contra la Administración Pública

4.4.1. Cuestiones preliminares

Con la aparición del Estado Social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para sus necesidades vitales. Se generan así nuevas dimensiones en las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, así como entre los propios ciudadanos; entonces, si el Estado asume la obligación de procurar a la población la prestación de servicios públicos, como consecuencia inherente al Estado Social, se tuvo que organizar la forma y los medios por los cuales dichas prestaciones tenían que llegar de forma efectiva a sus destinatarios.

Es así, que el Estado para que pudiera cumplir eficazmente sus fines esenciales de lograr el bienestar de la colectividad, fue indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo, se ha denominado en términos generales “Administración Pública”, surgiendo la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajo los principios fundamentales

que inspiran todo nuestro sistema *ius constitucional*. (PEÑA-CABRERA, 2010).

En tal sentido, la Administración Pública como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas, necesita estar dotada de cierta sustantividad, con la finalidad de cautelar su materialidad como bien jurídico, merecedor de tutela penal (POLAINO, 2004).

Las condiciones del sistema social a partir de la actividad pública, únicamente se hacen efectivas cuando la participación social del individuo está asegurada a partir de instituciones que promueven y posibilitan la vida social del mismo, con arreglo al precepto constitucional estipulado en el artículo 2º, inciso 14) de la Constitución Política del Perú, que consagra el derecho de toda persona a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Desde esta perspectiva, la valoración positiva de las instituciones públicas viene dada por la funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista.

Nuestra Constitución consagra además el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto es responsable de dirigirla, de establecer los mecanismos necesarios que permitan asegurar una Administración Pública adecuada firmemente en los cánones democráticos (PEÑA-CABRERA, 2010).

4.4.2. Desarrollo conceptual

El Título XVIII de nuestro Código Penal, lleva por rúbrica: “*Delitos contra la Administración Pública*”. Y, es que el legislador ha seguido así el criterio del bien

jurídico preponderantemente afectado o puesto en peligro como base para la clasificación de dichos tipos penales. De este modo nuestro Código Penal es trasmisor de la política criminal del Estado en materia de delitos funcionales y ajusta sus contenidos de tipicidad en base a una temática de gran trascendencia para la existencia del Estado Peruano.

Conforme lo sostiene ROJAS VARGAS, esta tipología de delitos afectan a un punto de engarce entre el Estado y la Sociedad, así la Administración Pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la Sociedad, en tanto este último es destinatario de las funciones y servicios. La importancia de la Administración Pública es enorme, sino hay Administración Pública, sencillamente no hay Estado; esto es, si la Administración Pública marcha mal, no se cumplen los fines del Estado, los mismos que se encuentran palmados en la constitución política. Y los fines del Estado los ejecutan siempre los funcionarios y servidores públicos, constituyendo éstos un elemento fundamental y dinámico, pues construyen el Estado.

Pero además, refiere este autor, que es muy importante tomar en cuenta que los roles que cumplen los funcionarios y servidores públicos, roles que asumen al ingresar a la Administración Pública, definirán la imagen que tiene la Administración Pública en la sociedad. De ahí, que en el ámbito de la Administración Pública nos interesa entonces una concepción funcional de Administración, en tanto conjunto de funciones y de servicios públicos dirigidos a la población y que el Derecho Penal asegura a su manera; y que si bien esta rama del Derecho no puede asegurar que se comentan delitos; no obstante, puede asegurar que se cometan lo menos posible a través de la prevención y represión (CANCHO, GARCÍA, PAREDES, PEÑA-

CABRERA, PRADO, REÁTEGUI, ROJAS, & VÁSQUEZ, 2014).

Sin embargo, como toda tarea humana, la actividad funcional, puede ser gravemente perturbada, cuando el funcionario o servidor público, en vez de servir a los intereses estrictamente generales, hacen mal uso del cargo, aprovechándose de las bondades y ventajas que les confiere la actividad pública, desvirtuando así la esencia y naturaleza jurídica de la función, al superponer sus intereses personales a los deberes intrínsecamente asumidos en razón al cargo y función que desempeñan (PEÑA-CABRERA, 2010).

De ahí, que nosotros nos adherimos a aquella posición que señala, que estos injustos típicamente funcionariales implican una legítima defraudación, pues se presenta un quebrantamiento a los fundamentos de la actuación de la Administración Pública, conforme a los principios jurídico-constitucionales de legalidad, imparcialidad, objetividad e independencia, lo cual trae consigo una reacción punitiva de mayor intensidad, pues el mayor disvalor hemos de basarlo en la “*infracción del deber funcional*”, cuya conceptualización y desarrollo hemos de analizarlo más adelante.

En ese sentido, y de acuerdo a una concepción objetivista, nos adherimos a la postura que considera que los Delitos contra la Administración Pública pueden ser definidos como aquellos en los cuales sus tipos penales, deben alcanzar conductas que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública; y en segundo lugar, impliquen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado Constitucional de Derecho.

4.4.3. El concepto de funcionario y/o servidor público en el Derecho Penal

Tal y como lo hemos venido manifestando, la Administración Pública se organiza a través de una serie de estamentos, cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado, según lo preceptos constitucionales pertinentes, su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados, funcionarios y/o servidores públicos.

Ahora bien, para efectos de definir al funcionario público en el marco de los Delitos contra la Administración Pública, debe tomarse en consideración la autonomía del término en el ámbito penal. El contenido del concepto de funcionario público ha tenido un trato diferente según el área del Derecho que lo regula. Por ejemplo, en Derecho Administrativo se utiliza un concepto formal y restringido de este término, según lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución y del artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Estas normas establecen una definición negativa de funcionario público (es decir, por exclusión). Esta definición ha sido elaborada para cumplir los objetivos de la regulación administrativa (ABANTO, citado por MONTOYA, 2015). Así:

- El artículo 40° de la Constitución excluye a quienes desempeñan cargos políticos o de confianza y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.
- El artículo 2° de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276) excluye a los servidores públicos contratados, a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, a los

miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, y a los trabajadores de empresas del Estado o de economía mixta.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho Penal, la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado (OLAIZOLA citado por MONTOYA, 2015). En otras palabras, para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal. Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la Administración Pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes (ABANTO, citado por MONTOYA, 2015):

- **La incorporación heterónoma a la función pública**

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que,

distinta al propio funcionario, ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la Administración Pública. En otras palabras, el título habilitante de incorporación consistirá en la selección, la designación o la elección del sujeto para desempeñar actividades o funciones al servicio del Estado (MEINI citado por MONTOYA, 2015).

Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la Administración Pública. Así entendemos (MONTOYA, 2015):

- ✓ *Selección*: elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por el Consejo Nacional de la Magistratura.
- ✓ *Designación*: destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del SIN.
- ✓ *Elección*: nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁶, planteó dicha posición en su Artículo I, en donde estipuló que: *“Para los fines de la presente Convención, se entiende por “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*. Asimismo, dicho

⁶ Ratificada por el Estado Peruano el 06 de abril de 1997.

artículo estableció que: *“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, es cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”*.

Ahora bien, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)⁷, de igual manera regula el acceso a la función pública antes indicado, siendo que en su Artículo 2º, establece que: *“A los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entendería) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado parte.”*

⁷ Ratificada por el Estado Peruano el 16 de noviembre del 2004.

Así, una interpretación conjunta de ambos tratados lleva a postular la necesidad de una incorporación heterónoma a la función pública, resaltando las siguientes características (MONTROYA, 2015):

- **No importa la denominación o *nomen Iuris*:** la CICC ha buscado abarcar los distintos conceptos utilizados por los ordenamientos jurídicos de la región. En esta medida, ha dejado claro que no importa el nombre formal que se le otorgue al funcionario para que el Derecho Penal lo considere como tal. Asimismo, la CNUC considera funcionario público a aquel que hubiera sido definido como tal por el Derecho interno de los estados.
- **Título habilitante:** tanto la CICC como la CNUC ayudan a materializar lo expuesto anteriormente sobre la incorporación heterónoma del funcionario público, ya que señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma.
- **Irrelevancia del nivel jerárquico:** como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.
- **Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo:** como se puede observar, el requisito de la incorporación heterónoma cumple con una función negativa, es decir, excluye de la categoría de autores de los delitos de corrupción a las personas que no hayan sido

incorporadas heterónomamente a la función pública.

Ahora bien, existen dos supuestos de casos que generan dificultades: Los funcionarios de facto y aquellos que usurpan funciones públicas de manera unilateral. En el primer caso, se trata de un particular que es incorporado como funcionario público a través de alguna forma de selección, designación o nombramiento que podrá resultar nulo, anulable y/o inexistente. Por otro lado, en lo que respecta al usurpador de funciones, se hace referencia a los casos en que un sujeto, por iniciativa propia, se coloca de forma ilegítima en la posición de funcionario (RODRÍGUEZ citado por MONTOYA, 2015).

4.4.3.1. Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano a la luz de los tratados

Nuestro Código Penal, en su artículo 425° ha establecido que: *“Se consideran funcionarios o servidores públicos: 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa. 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares. 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. 6. Los designados, elegidos o proclamados por la*

autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.7. Los demás indicados por la Constitución política y la ley”.

Con respecto al articulado bajo análisis, la doctrina especializada ha señalado que dicho dispositivo hace referencia al concepto de funcionario; sin embargo, este cuerpo normativo, lejos de fijar un concepto único o una lista cerrada de lo que es un funcionario público, establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte. De ahí, que el artículo 425° no constituye el concepto de funcionario público. Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. En otras palabras, el concepto funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público. Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4, 5 y 6, incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que hemos desarrollado en el presente trabajo de investigación. Por lo que se concluye que de una revisión de nuestro ordenamiento jurídico, las normas que brindan un mejor acercamiento al concepto de funcionario público en materia penal están

contenidas en leyes o instrumentos internacionales (CICC y CNUCC), incorporados al ordenamiento peruano de manera automática (modelo monista) por el artículo 55° de nuestra Constitución que señala: “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*”. (MONTROYA, 2015).

Así, las disposiciones ya reseñadas de los artículos 1° y 2° de la CICC y el artículo 2° de la CNUC son normas autoaplicativas o de aplicación inmediata y, por tanto, deben ser tomadas en consideración por los operadores del Derecho cuando determinen quién es funcionario público; es decir, que al ser el concepto de funcionario público un elemento normativo del tipo que requiere para su entendimiento que el operador jurisdiccional utilice otras normas penales del ordenamiento peruano como, por ejemplo, el artículo 425° del Código Penal, el artículo 1° de la CICC o el artículo 2°. a) de la CNUCC (LUZÓN, citado por MONTROYA, 2015).

4.4.3.2. El servidor público

Al respecto se tiene que a través del Decreto Legislativo N° 276, “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, se ha establecido en su artículo 3° que: “*Los servidores públicos están al servicio de la Nación. En tal razón deben: a) Cumplir el servicio público buscando el desarrollo nacional del País y considerando que trasciende los períodos de gobierno; b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes del servicio; c) Constituir un grupo calificado y en permanente superación; d) Desempeñar sus funciones con honestidad, eficiencia,*

laboriosidad y vocación deservicio; y e) Conducirse con dignidad en el desempeño del cargo y en su vida social”⁸.

Así, teniendo en cuenta a lo establecido en el artículo 425° del Código Penal, como la normativa antes citada, se puede concluir que la concepción de Servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase empleado público. Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de integración y facilitador de la de los funcionarios públicos (PEÑA-CABRERA, 2010).

⁸ En esa línea, se tiene que la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, en su Artículo 4°, inciso 3), señala que: *“Servidor público.- Se clasifica en: a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional”.*

4.4.4. El bien jurídico protegido en los Delitos contra la Administración Pública

Como expresábamos en las líneas precedentes, los Delitos contra la Administración Pública impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. De ahí, que la protección penal de la Administración Pública debe adecuarse a los parámetros constitucionales, tutela que ha de centrarse no en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública y de las diversas actividades prestadas por ésta.

Debemos señalar, que en la doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la Administración Pública; posiciones que detallaremos de manera sucinta, pues nos centraremos en explicar cuál es la postura considerada más adecuada a los fines de la presente investigación; debiendo aclarar que no serán analizados los bienes jurídicos que, de manera específica, protege cada tipo penal, sino que se abordará el bien jurídico protegido, de manera general, en todos los tipos penales de Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.

Así, es posible identificar las siguientes posturas (MONTROYA, 2015):

- **La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.** Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la Administración Pública.
- **Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos**

deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas (REAÑO citado por MONTOYA, 2015).

- **El correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública (el correcto ejercicio de la función pública).** Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Para efectos del presente trabajo de investigación, y siendo además una postura predominante, hemos adoptado por la tendencia de acuerdo con la cual el bien jurídico de relevancia penal en los delitos del Título XVIII del Código Penal es el “correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública”. Y, ello es así, por cuanto en una perspectiva de interpretación, la Administración Pública, desde la lectura penal, no son las instituciones, no son las jerarquías, sino que Administración Pública de acuerdo al bien jurídico protegido debe ser entendida como **las funciones y los Servicios Públicos, son las competencias y atribuciones de los funcionarios y servidores públicos**, posición que encuentra sustento en la doctrina que señala que a donde apunta el bien jurídico protegido es a garantizar que las atribuciones y roles de los funcionarios y servidores se cumplan en una buena marcha administrativa. Entonces el bien jurídico protegido está concebido como aquel conjunto sistemático y eficiente de funciones y Servicios Públicos que el Estado proyecta a la sociedad, para construir Estado y para dar calidad de vida a los pobladores de la sociedad (ROJAS, 2002).

Siendo así, lo que interesa proteger al Derecho Penal como bien jurídico son determinados intereses que se hallan contenidos en los Delitos contra la Administración Pública; por lo que en sentido genérico, lo que se tutela es asegurar una correcta marcha de la Administración Pública, de las funciones y servicios. No obstante, debemos señalar que a la vez que se está afectando en sentido general a la Administración Pública, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los Delitos de Peculado y Malversación o la dignidad de la función y del funcionario en el Desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los Delitos de Corrupción. Estamos, en estos casos, entonces hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico (PARIONA, 2011).

4.4.5. Titularidad del Bien Jurídico protegido

A decir de MONTOYA VIVANCO, en relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los Delitos contra la Administración Pública, existen dos grandes posturas:

- **El titular del bien es el Estado.** Esta es la posición dominante, y, en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto.
- **Los titulares son los ciudadanos.** Esto en la medida en que los Delitos contra la Administración Pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general (ASUA, citado por MONTOYA, 2015). Una postura contenida en esta tesis es la que considera

que la conducta penalmente relevante de un delito contra la Administración Pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo.

Sin embargo, y adhiriéndonos a la postura asumida por MONTOYA VIVANCO, diremos que los Delitos contra la Administración Pública no son los únicos que, en el fondo, lesionan o ponen en peligro un derecho subjetivo. Estos lesionan de manera inmediata su correcto funcionamiento y, solo de forma mediata, ponen en peligro la vigencia, el acceso a servicios públicos o la realización de ciertos derechos fundamentales. Además, no debe confundirse la finalidad político-criminal (que sería en última instancia la lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos) con el objeto jurídico de protección del delito. Por este motivo, el bien jurídico protegido por los Delitos contra la Administración Pública no es el derecho fundamental específico lesionado (MONTOYA, 2015).

4.4.6. La autoría y participación en los Delitos contra la Administración Pública

Conforme hemos podido analizar, en los Delitos contra la Administración Pública, el elemento “funcionario público” es central; de ahí que el legislador ha decidido que en esta clase de delitos tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la Administración Pública en delitos especiales (MONTOYA, 2015).

No obstante ello, existe un aspecto problemático de los Delitos contra la Administración Pública, que consiste en saber o identificar quienes son autores,

coautores o cómplices en la comisión de un delito. Así, fue la teoría subjetiva de la autoría la que en un inicio explicó la definición de autor y partícipe; poco después, la doctrina acudió en busca de otros criterios que lograrán explicar con mayor corrección la autoría y participación, dándose pase a la Teoría del Dominio del Hecho (vigente a la fecha), la que definía como autor a aquél sujeto que tenga dominio del hecho, aquél que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho. Sin embargo, en los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos de delito tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho, como ocurre con los delitos contra la Administración Pública, que son delitos especiales (cometidos por sujetos cualificados) en donde muchas veces el sujeto activo no tiene el dominio del hecho pero se vale de otra persona (*extraneus*) para cometer la conducta descrita en el tipo penal. Resulta evidente que con la teoría del dominio del hecho, no se podría explicar si el sujeto activo (funcionario público) es autor o partícipe. Es por ello, que se hizo necesario la aparición de una teoría que explique la problemática de la autoría y participación, para los delitos especiales, dándose paso a la Teoría de Infracción de Deber (PARIONA 2011).

En ese sentido, en las líneas siguientes presentamos las teorías antes indicadas, sus propuestas y consecuencias en la solución práctica de casos:

A. La Teoría del dominio del hecho

Esta teoría fue formulada por primera vez por *Hegler* en los primeros años del siglo pasado, considerándose ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o más exactamente, del sujeto del delito. Sin embargo,

dicho autor entiende a la figura, solo, respecto a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, esto es, imputabilidad, dolo, imprudencia y ausencias de causas de exculpación; por lo que se sostiene que actuará culpablemente solo aquel que tiene pleno dominio de hecho. Así, junto a Hegler aparece el concepto de dominio del hecho en *Frank y Goldschmidt* ocupándose, también, en el marco de culpabilidad. Posteriormente, *Hermann Bruns* señala que la idea básica en ésta teoría presupone al menos la posibilidad del dominio del hecho; siendo que tal dominio solo concurre cuando la acción es adecuada en general para ocasionar resultados del género de lo producido (ROXIN, citado por MARCA, 2012).

Diferente al concepto de dominio del hecho referido al concepto de culpabilidad del autor, *Welzel*, desde una óptica de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, otorga a la teoría del dominio un contenido distinto (WELSEL, citado por MARCA, 2012). Según este nuevo entender, el dominio del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría donde el autor se presenta como señor de un hecho: es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa en el hecho, pero no es señor del hecho. En esta teoría solo es atinado hablar de autoría y participación en los tipos dolosos, ya que solo aquel que mediante una conducción consiente del fin del acontecer causal, en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo (MUÑOZ, GARCÍA, citado por MARCA, 2012). Sin embargo, el mencionado autor no señala cuáles serían las reglas a tomar en cuenta en los delitos imprudentes.

Es importante también destacar el aporte de Maurach en este punto, porque a él se debe probablemente el estudio más desarrollado del concepto de dominio del hecho: “*dominio del hecho es tener en las manos, abarcado por el dolo, el curso típico del suceso*” y “tiene dominio del hecho todo interviniente que se encuentre en la situación fáctica por él conocida, que pueda, conforme a su voluntad, dejar transcurrir, detener o interrumpir la realización del tipo (PARIONA, 2011).

En esa línea argumentativa, tenemos pues que se sostiene que para la teoría del dominio del hecho, autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien quien favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor (PARIONA, 2011). El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización (HURTADO, citado por PARIONA, 2011).

Actualmente, se distinguen tres formas de manifestación de la teoría del dominio (WESSELS citado por MARCA, 2012): *Dominio de la acción*, en la que el autor realiza de manera personal el hecho delictivo (**autoría directa**). Esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal (VILLAVICENCIO, citado por MARCA). *Dominio de la voluntad*, cuando el agente utiliza a otra persona que le sirve a aquel de instrumento para

realizar la acción típica (**autoría mediata**) y dominio funcional donde la realización del tipo consiste en un reparto de funciones (división del trabajo) desde la realización de la acción típica hasta la ejecución del tipo (**coautoría**).

Ahora bien, el punto de partida de la teoría del dominio del hecho es un concepto restrictivo de autor y la conexión que supone con el tipo penal. No toda contribución causal puede fundamentar autoría, sino en acción típica (GARCÍA, citado por MARCA, 2012).

Cabe señalar que posiblemente la formulación de la teoría del dominio del hecho más exitosa sea la realizada por Roxin. Esta formulación no sólo ha gozado de la adhesión de buena parte de la doctrina penal, sino que, en nuestro caso la propia Corte Suprema ha decantado por asumir esta teoría para explicar las distintas formas de autoría expresamente reguladas en el artículo 23º del Código Penal. La autoría directa se sustentaría en el dominio que tiene el autor de la ejecución, pues es él quien realiza responsablemente de propia mano todos los elementos del tipo penal. Pero el dominio del hecho no se reduce solamente al dominio de su ejecución, en tanto hay otras formas de dominio que suscitan una consideración equivalente desde un punto de vista valorativo. En este orden de ideas, el dominio podrá presentarse bajo la forma de un dominio de la voluntad en el caso de la autoría mediata, en donde el hombre de atrás se sirve para la comisión del hecho de otra persona que no responde penalmente. Finalmente, el dominio puede adquirir también un carácter funcional en la llamada coautoría, sustentándose dicho dominio en la decisión de común de realizar el hecho

mediante la distribución de los aportes para la ejecución del hecho punible (BRAMONT-ARIAS, citado por PARIONA, 2011).

Pese al éxito de su propuesta, el propio Roxín reconoce que no en todos los delitos la autoría se puede determinar basándose en el criterio del dominio del hecho. Existe un grupo de delitos, a los que llama delitos de infracción de un deber, en el que la autoría no se sustenta en el criterio del dominio del hecho, sino en la infracción de un deber específico. En estos casos, el autor del delito será el especialmente obligado por el tipo penal, con independencia de si su actuación en el hecho concreto tuvo lugar con un dominio del hecho o no. Así por ejemplo: El funcionario público será autor del delito de peculado tanto si se apropia directamente de los bienes (con dominio), como si no impide que otro se los apropie (sin dominio). Si el obligado especial tuvo el poder de configurar el hecho, no es algo que interese a efectos de determinar la autoría del delito, sino la infracción del deber (en el ejemplo planteado, el deber de custodia de los caudales públicos que están encargados al funcionario público) (GARCIA, citado por PARIONA, 2011).

B. Teoría de la infracción de deber

Conforme se ha sostenido, en los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los Delitos contra la Administración Pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber formulada desde la óptica de Claus Roxin.

Así, fue este autor quien empleó por primera vez en la literatura penal la categoría de los delitos de infracción de deber en el año 1963, luego de llevar a cabo una interesante investigación acerca de la existencia de delitos que respondan a otros criterios distintos a la teoría del dominio del hecho (ROXIN, citado por MARCA). Ulteriormente, dicha institución dogmática, fue desarrollada por Gunter Jakobs y sus discípulos quienes desde una concepción funcional, fundamentan la teoría de los delitos de infracción de deber desde una perspectiva normativa pura (MARCA, 2012).

Ahora bien, para diferenciar a la Teoría del Dominio del Hecho con la Teoría de Infracción del Deber, resulta necesario afirmar que según la Teoría del Dominio del Hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la Administración Pública”, en los cuales autor es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas (SALINAS, 2009). La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado (ROXIN, citado por SALINAS,

2009).

Así, se ha sostenido que en los delitos de infracción de deber existe un deber que no se respalda en la organización de la propia esfera de desarrollo social o de dominio, sino en el quebrantamiento de un deber inmediato que se funda en instituciones positivas, el cual deriva del rol especial que mantiene el autor; por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no lesione”, sino para que “fomente y mantenga seguro los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o lesión”. (CARO, citado por MARCA, 2012).

En consecuencia, fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo; de ahí que en los delitos contra la Administración Pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la Administración Pública; siendo así Autor quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial (PARIONA, citado por SALINAS, 2011).

Cabe señalar, que es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que la problemática de la autoría y participación, encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de esta teoría, el hombre de atrás *intra-neus* es el autor (mediato) mientras que el hombre de adelante

extraneus es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría; siendo que aquí no juega ningún rol el dominio del hecho (PARIONA, 2011).

- **Los Delitos de Infracción del Deber según Roxín**

Conforme a la postura planteada por Claus Roxín, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización; es decir, se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho. Roxín cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxín no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de

dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador (PARIONA, 2011).

- **Los Delitos de Infracción del Deber según JAKOBS**

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxín hace ya cuatro décadas, sin recibir de parte de él un desarrollo posterior, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber a fin de que sea explicado mediante el criterio del ámbito de competencia del autor.

Así, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización, cuyo equivalente en el lenguaje de Roxín lo constituirían los delitos de dominio. Por lo que cuando

Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general, y el primero que antecede a todos, el de no lesionar a los demás en sus bienes; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional, a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los

autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico (PARIONA, 2011). En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxín, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho (CARO, citado por PARIONA, 2011).

CAPÍTULO V

EL DELITO DE PECULADO

5.1. Breves consideraciones históricas

Con respecto a los antecedentes históricos del Delito de Peculado, ROJAS VARGAS, sostiene que el peculado es un delito bastante antiguo, y así se dice que fue conocido hasta en la Biblia; que Grecia y Roma regulaban dicho delito asignándole penas muy severas, que incluso podía llegar a la muerte, donde se sancionaba a aquel que llevara bienes del Estado, de los funcionarios, de la religión, y se le denominaba delito de *peculatus*. En Roma, el peculado se identificaba con los bienes como ganado, dinero, instrumentos agrícolas, que eran masivos en dicha época, y por lo tanto los mismos constituían el contenido del peculado; y esto era así, porque eran sociedades agrarias y por tanto dichos bienes eran muy importantes para el Estado, para que los fundos de esa época pudieran tener más poder y quienes dominaban los mismos eran los senadores romanos, entre quienes se repartían los fundos, el ganado, y poseían inmensos terrenos; de allí que proviene la palabra *peculatus*: “el que sustrae ganado”; vinculándolo con la administración porque la gran cantidad de terratenientes eran senadores romanos, y estos los que dominaban Roma, por eso, estos hicieron leyes severísimas para castigar dicha acción,

considerándolo como un atentado contra la Administración Pública, por eso es que se dice, que de allí viene la historia del peculado como un delito contra la Administración(CANCHO, GARCÍA, PENA-CABRERA, PAREDES, PRADO, REÁTEGUI, VÁSQUEZ, 2014).

5.2. Tipo Penal

Nuestro Código Penal tipifica al Delito de Peculado en su artículo 387°, el mismo que a la letra señala: *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa”*.

5.3. Tipicidad objetiva

De la normativa bajo análisis, se puede apreciar que se regula el Delito de Peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, así al delito de Peculado Doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. En tanto que el Delito de Peculado Culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado (SALINAS, 2009).

Este injusto pertenece a los delitos que en la doctrina se conoce como especiales propios, o de quebrantamiento de deber funcional, por cuanto en forma excluyente solo puede ser autor quien detente la calidad de funcionario o servidor público, exigiendo como uno de sus elementos objetivos dicha cualidad del agente (BARRIOS, 2010).

Así, conforme lo ha reconocido la Sala Penal Transitoria de Lima, en la R.N. N° 62-2009-ICA, el tipo penal de Peculado es un Delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional.

Siendo ello así, la relación funcional entre los bienes y el funcionario público importa la configuración de una relación de “*garantía*”, en virtud de la cual el *intraneus* ha de desarrollar y ejecutar todas las acciones pertinentes e idóneas para su debida conservación y protección; lo que genera deberes específicos de actuación funcional, cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo del Delito de Peculado. Es así como se advierte un disvalor antijurídico de mayor intensidad y de reproche culpable, en mérito a la importancia de los deberes infringidos por el agente, pues en la presente hipótesis delictiva implica una afectación al patrimonio estatal, en tanto la Administración se ve despoja implícitamente de un caudal por parte del autor del Delito de Peculado. No obstante, ello no debe entenderse como una especie de patrimonialización del bien jurídico tutelado, en el sentido de que la sustantividad del delito no ha de contemplarse en términos de un perjuicio económico al erario estatal, no obstante pertenece al disvalor de un resultado que puede o no acontecer, sino en los principios inherentes al cargo público, donde el disvalor de la acción tiende a expresar una vulneración a los principios constitucionales de la Administración Pública conforme a los valores de un Estado Constitucional de Derecho (FRISANCHO, 2011).

Cabe señalar, que la norma señala que la apropiación o uso deben referirse a *caudales* o *efectos*, conceptualizándose a los *caudales* como todas las clases de bienes, especialmente el dinero, dotados de valor económico (aquí deben incluirse bienes artísticos, recreativos e históricos valubles económicamente). Los *efectos*, a su vez, son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública, valores en papel, títulos, sellos, estampillas y bonos (ROJAS, 2002).

5.3.1. Modalidades del Delito de Peculado Doloso

Con respecto a este punto, debemos señalar que las modalidades por las cuales el agente puede cometer el Delito de Peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el “apropiarse” y “utilizar”, se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización (SALINAS, 2009).

5.3.1.1. Peculado por apropiación

Se configura el Delito de Peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la Administración. La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui generis. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. Actúa como propietario del bien público. (ROJAS, citado por SALINAS, 2009).

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento (ABANTO, citado por SALINAS, 2009).

Así se considera, como la más acertada posición con respecto a esta modalidad, y a la cual nos adherimos, aquella que considera que la apropiación de la cosa ajena no es un acto de adquisición de la propiedad ni de privación del poder de disposición; sino un acto de disposición cumplida sobre la cosa como si fuera propia.

5.3.1.2. Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una

previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlo, para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración Pública (ABANTO, citado por SALINAS, 2009). Así se precisa en la Ejecutoria Suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que: “la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero”⁹.

Ahora bien, respecto a lo anotado se ha realizado la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código Penal encontramos el Peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al Peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, en el artículo 387° se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388° se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388° (SALINAS, 2009).

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del Delito de Peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, de fecha 30 de septiembre de 2005, específicamente en el numeral 7), lo siguiente: *“El primer caso estriba en hacer*

⁹ R.N. N° 3632-2004-Arequipa. En: SAN MARTÍN CASTRO, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 619.

suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero”.

5.3.2. Perjuicio patrimonial

Respecto a este punto, debemos señalar que se ha sostenido a nivel jurisprudencial, que en el Delito de Peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal.”¹⁰ Este aspecto es importante tenerlo en cuenta, pues la jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido, al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el Delito de Peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo (SALINAS, 2009).

¹⁰ Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Expediente N° 3858-2001-La Libertad.

5.3.2.1. La no relevancia de la cuantía del perjuicio patrimonial

El tipo penal de Peculado, estipulado en el artículo 387° del Código Penal, no hace referencia a cuantía alguna. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el Delito de Peculado (SALINAS, 2009); y así lo tiene establecido la jurisprudencia, conforme se puede evidenciar de la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de enero del 2004, en la cual se establece que: “En nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos – peculado – no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos¹¹”.

Al respecto, debemos precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, a través del Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ22¹², propuso se modifique el contenido del artículo 387° del Código Penal, para imponer una cuantía mínima al Delito de Peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo). En la exposición de motivos del citado Proyecto se argumentó que “el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo

¹¹ Expediente. N° 3682-2002-La Libertad. En: SAN MARTÍN CASTRO, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 738.

¹² Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010.

apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de los apropiado”. Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores. Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen de fecha 13 de abril del 2011 recaído en el citado Proyecto de Ley, señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría “propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”, pues de ser así, dónde quedaría la tesis de la infracción del deber, además de que el peculado pasaría a ser un delito patrimonial; y de igual forma, el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, mas no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Argumentándose además, a nuestro modesto entender de manera errada, que ello no implicaba que, en la práctica, las apropiaciones o utilidades de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico. En este escenario de reforma del Delito de Peculado, se consideraron no felices

varias de las propuestas, que incluso se planteó un texto sustitutorio que estableciera una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias (SALINAS, 2009); situación esta última que sí fue acogida por nuestros legisladores, conforme se puede apreciar del artículo 387° del Código Penal, en donde por Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, se introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Asimismo, en ese punto debe considerarse que el artículo 387° del Código Penal prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

En atención a lo antes expuesto y bajo una estricta observancia del Principio de Legalidad, y bajo la consideración de que los Delitos contra la Administración Pública son delitos de infracción del deber, en sentido contrario podemos concluir a los sostenido por Salinas Siccha, Barrios Alvarado, entre otros, nosotros somos del parecer que en el Delito de Peculado no existe cuantía mínima para que en función a ello, se pueda llegar a determinar si en un caso en concreto estamos frente a un delito o a una falta, a diferencia de lo que ocurre en los Delitos contra el patrimonio,

situación que consideramos adecuada, pues debido a la situación actual por la cual se encuentra atravesando nuestro país, debido al alto índice de comisión de delitos contra la Administración Pública, es necesario que nuestro gobierno, adopte como política frontal de lucha contra la corrupción, un mayor reproche penal frente a estas conductas, pues tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones; aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal; cuanto y más, si como hemos señalado el bien jurídico protegido en los Delitos contra la Administración Pública es el correcto funcionamiento del aparato estatal, pues del mismo podemos apreciar que no hace una distinción con la finalidad de lograr dicho objetivo, en base a la cuantía, situación que del mismo modo se ve sustentada en los orígenes -antecedentes históricos- de la aparición de la figura del *Peculatus*, que detalláramos anteriormente.

5.3.3. El Destinatario: “Para sí o para otro”

Otro elemento objetivo del Delito de Peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. Y, ello es así, por cuanto el tipo penal bajo análisis estipula que: *“El funcionario o servidor público que de cualquier manera se apropia para sí o para otro de cualquier manera...”*; por lo que se establece que no importa la manera en la cual se configura la apropiación; sino que lo único que importa es la apropiación de bienes públicos; de ahí que debe entenderse además,

que el *para sí*, supone un beneficiario de la apropiación y es quien se beneficia o se enriquece con los bienes apropiados. En tanto, que en el caso de *para otro*, esto significa que los bienes apropiados no van a incrementar su patrimonio, sino van a favorecer económicamente a una tercera persona que inclusive puede ser otro funcionario que no está en vinculación con los bienes, por ello ese *otro* puede ser cualquier funcionario, servidor o un tercero (CANCHO, GARCÍA, PENACABRERA, PAREDES, PRADO, REÁTEGUI & VÁSQUEZ, 2014).

En ese sentido, vemos que el beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “para el otro”, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que *el otro* no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría “el otro” a que se refiere el tipo penal (SALINAS, 2009).

5.3.4. Relación funcional: “por razón de su cargo”

Al respecto, debemos indicar que el artículo 387° del Código Penal establece: *El funcionario o servidor que de cualquier manera se apropia o utiliza caudales o efectos que administra, custodia o percibe por razón de su cargo...*” Entonces, tenemos que el tipo penal ha establecido vinculaciones entre los bienes y las calidades jurídicas del funcionario; por lo que el autor de peculado no puede ser cualquier funcionario, sino solamente aquél que tenga las relaciones jurídicas que exige el tipo penal sobre los bienes, es decir que administre, custodie o perciba

bienes; esto es, autor será solo aquél que reúna cualquiera de estas conexiones o vinculaciones jurídicas entre la calidad de funcionario y los bienes que son del patrimonio público (ROJAS, 2002).

En esa línea argumentativa, PARIONA ARANA, señala que es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, el hecho será imputable, a título de hurto o apropiación ilícita común, pero no de peculado o de estafa, de existir engaño. Esto es lo que ha permitido sostener, a nivel doctrinario, que el peculado trasciende la simple esfera patrimonial siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo (tipo pluriofensivo o uniofensivo). Lo que explica que su inclusión se halle en el capítulo de los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública y no en aquellos que lesionan el patrimonio (PARIONA, 2011).

Así, la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. (FONTÁN, citado por PARIONA, 2011).

Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, de fecha 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe que: *“Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública”*¹³.

En ese sentido, el contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del Delito de Peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: 1) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar; 2) relación de confianza de la Administración Pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho; 3) poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; y 4) deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de los caudales y efectos

¹³ Numeral 06 del Acuerdo Plenario N° 04-2005.

que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por Delito de Peculado (PARIONA, 2011).

5.3.5. Conductas típicas: administración, percepción y custodia

En las líneas precedentes hemos establecido que para la configuración del Delito de Peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña; por lo que siendo ello así, se hace necesario conocer qué significa cada una de estas formas únicas o modos generadores de la posesión de bienes públicos por parte del agente establecidos en el artículo normativo bajo análisis, los que pueden concurrir de manera conjunta o separada.

A nivel jurisprudencial se ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116¹⁴, sobre estos elementos, lo siguiente: “a) *La Percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. b) La Administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. c) La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.*”

No obstante ello, con mayor detalle y precisión, podemos señalar que:

- **Administración:** Implica capacidad de gestión y disposición de los bienes para fines públicos. La administración de los caudales o efectos por parte del

¹⁴ Fundamento 7 del Acuerdo Plenario N° 04-2005.

sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extra penales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la Administración Pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc. (PARIONA, 2011).

- **Percepción:** Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Así, el tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes; es más, la posición de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual sea la fuente productora (pública o particular), como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica (bienes con destino público o aquellos sujetos a simple custodia estatal). Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones

públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio (FERREIRA, citado por PARIONA, 2011).

- **Custodia:** Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la Administración Pública y su manifiesta voluntad de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros (PARIONA, 2011).

5.3.6. Bien jurídico protegido

A decir de ABANTO VÁSQUEZ, el objeto de tutela es la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad (ABANTO, citado por SALINAS, 2009).

Por su parte, ROJAS VARGAS, señala que en el Peculado, los bienes jurídicos específicos son: en primer lugar, la *correcta administración del patrimonio público*, pero además se protege la *intangibilidad de ese patrimonio*, y es intangible porque tiene que servir para fines públicos y no así para fines

particulares, pues los bienes están destinados a la colectividad para darles servicios, obras para mejorar su calidad de vida, en ese contexto el autor del peculado está llamado a garantizar la eficiencia en la administración del patrimonio público, está llamado a cautelar, a preservar el patrimonio público, a alejarlo de tentaciones de usos privados y esto supone eliminar intereses privados en la administración, supone fomentar buenas prácticas en la administración de ese patrimonio, en la custodia, en la percepción y cuando el funcionario contraviene estos preceptos está quebrantando sus deberes. De ahí, que el *garantizar la probidad del funcionario* es un tercer interés protegido con el Delito de Peculado, porque el funcionario que se lleva los bienes no es un funcionario probo (ROJAS, 2002).

Por ello, es que SALINAS SICCHA, señala que respecto al bien jurídico en este tipo penal, se identifican tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última, que sostiene que el Delito de Peculado es pluriofensivo (SALINAS, 2009).

En lo que atañe al Delito de Peculado culposo, de igual forma se protege un bien jurídico general y un bien jurídico específico, siendo que en este caso, el funcionario público permite con su imprudencia que terceras personas se lleven los bienes, estando así también en juego la correcta administración del patrimonio público y por ende la preservación de la intangibilidad de ese patrimonio; no obstante, aquí no se protege la honradez o la probidad del funcionario (CANCHO, GARCÍA, PENA-CABRERA, PAREDES, PRADO, REÁTEGUI & VÁSQUEZ,

2014).

Analizado entonces el objeto de tutela penal a través del Delito de Peculado, por parte de la doctrina, debemos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico peruano, la discusión en torno a cuál es el bien jurídico específico protegido por el Delito de Peculado ha quedado, por el momento, dilucidada con la emisión del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.313¹⁵, el cual ha establecido que el Peculado es un delito pluriofensivo y que el bien jurídico contiene dos partes:

- Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y,
- Evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores públicos, que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

En otras palabras, se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado, por lo que esta perspectiva bipartita del bien jurídico ha sido acogida por la jurisprudencia nacional.

5.3.7. Sujeto activo: autoría

Tanto en el delito doloso como culposo de Peculado sólo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El

¹⁵ Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116. Fundamento Jurídico 6.

particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la Administración Pública (PARIONA, 2011).

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del Delito de Peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del Delito de Peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado. La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente (SALINAS, 2009).

5.3.7.1. Participación

En cuanto a la participación en el Delito de Peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriadad de la participación, adhiriéndonos a lo sostenido por ROJAS VARGAS, se llegan a las siguientes conclusiones (ROJAS, citado por SALINAS, 2009):

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del Delito de Peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices.
- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
- Los particulares (extraneus) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de

peculado cometido (ABANTO, citado por SALINAS, 2009). Sólo complicidad.

En base a ello, es que se sostiene que en el peculado no hay coautoría; pues no debe obviarse que la Teoría de la infracción del deber de Roxin, que desarrollaremos más adelante, no admite la coautoría que viene a ser parte de la teoría del dominio del hecho. Y no puede haber coautoría debido que como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, es imposible materialmente que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial. Este deber es único, no puede dividirse materialmente. Por tanto, no puede afirmarse con propiedad que en los funcionarios o servidores públicos ha existido un reparto de roles para infringir un deber especial penal. Ello es imposible. En consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores (SALINAS, 2009).

5.3.8. Sujeto pasivo

Conforme se puede apreciar del tipo penal bajo análisis, únicamente el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la Administración Pública en sus diversas manifestaciones, puede ser considerado sujeto pasivo; no pudiendo considerarse como sujeto pasivo del Delito de Peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del

Estado o de entidad dependiente de este¹⁶. No obstante es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado (SALINAS, 2009).

5.4. Tipo subjetivo del injusto

El comportamiento descrito en el artículo 387° del Código Penal es de carácter doloso. El agente debe actuar con conocimiento y voluntariamente al realizar los supuestos del tipo penal y este puede darse en sus tres modalidades: dolo directo o de primer grado, indirecto o de consecuencias necesarias, y eventual. Requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración por lo que es un delito de resultado, admitiendo tentativa (BARRIOS, 2010).

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la apropiación de caudales o efectos de naturaleza estatal y la detentación de su custodia, percepción, o administración en razón del cargo funcional, de ahí que podría admitirse un error de tipo, cuando el agente duda sobre la procedencia del bien. Así, el dolo ha de comprender también la dirección volitiva de la apropiación o del uso del caudal o efecto, de forma, que no se admitiría la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, como el ánimo de lucro, pues la redacción típica no contiene la preposición “para”; siendo así, la conducción volitiva la que determina la variante de modalidad típica en cuestión, es decir, el sujeto ya con su acción u omisión está inyectando una finalidad específica (PEÑA, 2010). Consecuentemente, el dolo consiste en el conocimiento del carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención del agente de

¹⁶ Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Expediente N° 1885-92-B-Ancash. En: (ROJJASI PELLA, Ejecutorias supremas penales 1993-1996, cit., p. 238.

apropiarse o dar uso privado a los bienes (ABANTO, citado por SALINAS, 2009).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de apropiarse para sí o para otro, o utilizar en beneficio propio o de otro los caudales o efectos del Estado, ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, y adhiriéndonos a lo sostenido por ABANTO VÁSQUEZ, podemos señalar que en el Delito de Peculado el agente actúa con ánimo de lucro; por lo que, para configurarse el Delito de Peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro de manera implícita. Si este no se verifica en la conducta del agente, el Delito de Peculado se descarta (ABANTO, 2003).

5.5. Antijuridicidad

Con respecto a este elemento del tipo penal, se ha señalado que después de verificado en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal; y, en ese sentido se ha establecido que es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público (ROJAS, citado por SALINAS, 2009). Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9) del artículo 20° del Código Penal (SALINAS, 2009).

5.6. Culpabilidad

Respecto a este punto, se ha señalado que si no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo (SALINAS, 2009).

5.7 Consumación

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto (ROJAS, citado por SALINAS, 2009).

En esa línea argumentativa, se señala que cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por

lo mismo consumado el delito (PARIONA, 2011).

Así, es inherente al delito en su modalidad apropiatoria la existencia de un querer y poder actuar como propietario de un caudal o efecto que se sabe no le pertenece y más aún que es patrimonio público. La verificación de la apropiación supondrá constatar los actos de incorporación ilícita del patrimonio público al patrimonio personal del sujeto público, en su calidad de sujeto activo. Los requerimientos y los formalismos del caso también abonarán para demostrar la voluntad de apropiación del sujeto activo. La utilización es un dato objetivo que no debe presumirse sino demostrarse con actos dirigidos a tal efecto (devolución o restitución del bien). Además se ha indicado que la devolución de los caudales o efectos apropiados no pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado (SALINAS, 2009).

5.8. Tentativa

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa; de ahí, que estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo (SALINAS, 2009).

Por su parte, ROJAS VARGAS señala que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio

del Estado a título de lesión o peligro de lesión (ROJAS, citado por SALINAS, 2009).

5.9. Peculado culposo

Esta modalidad de peculado tiene su descripción típica en la segunda y última parte del artículo 387° del Código Penal. Debemos entender que al referirnos al funcionario o servidor como sujeto activo del peculado culposo hacemos referencia sólo al que tiene la percepción, administración o custodia que se le haya confiado por razón de su cargo (PEÑA-CABRERA, 2010).

Así, se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social. El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización (SALINAS, 2009).

En todos los casos de culpa el funcionario no entra en concertación con quien se lleva los bienes. En ese sentido la negligencia significa no adoptar normas de cuidado para evitar la lesión del bien jurídico, no realizar acciones diligentes; por lo que si el incumplimiento está en relación al cuidado del patrimonio público y ese incumplimiento origina que terceras personas se lleven los bienes ya deja de ser incumplimiento para ser peculado culposo; es decir, el peculado culposo absorbe el incumplimiento (CANCHO, GARCÍA, PAREDES, PEÑA-CABRERA, PRADO, REÁTEGUI, ROJAS, & VÁSQUEZ, 2014).

De igual forma, en este tipo de peculado debe tenerse en consideración: “La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público¹⁷ (SALINAS, 2009).

5.10. El Delito de Peculado como Delito de Infracción de deber

Conforme se ha sostenido, el Delito de Peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas (ROXIN, citado por PARIONA, 2011); siendo un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados; pero además se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre

¹⁷ Jurisprudencia vinculante establecida en los numerales 8 y 9 del Acuerdo Plenario N° 04-2005 del 30 de septiembre de 2005.

el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial (QUINTEROS, citado por PARIONA, 2011). Así, se afirma que en cuanto a esta clase de delito no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente pre ordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos (DONNA, citado por PARIONA, 2011).

La autoría en este delito, se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas las que derivan de su condición de funcionario público con vínculo funcional con los caudales o efectos públicos frente a la Administración Pública; por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión (CARO, citado por PARIONA, 2011). Es decir, en este delito entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado. En esa perspectiva, en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino, en esencia, el quebrantamiento del deber extrapenal. El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, como el peculado, se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos

involucrados en el ejercicio de aquella función, y que se ha llamado “relación de dominio social”. Por ello, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría por el Delito de Peculado (PARIONA, 2011); posición a la cual nos adherimos para efectos de la presente investigación, por cuanto la misma está destinada a determinar una conducta ilícita cometida por funcionarios y/o servidores públicos.

5.11. Los Viáticos y el Delito de Peculado

En este apartado, para efectos de poder comprender la razón de ser de la presente investigación, se hace necesario realizar ciertas precisiones respecto a qué son los viáticos, su naturaleza y finalidad de ser otorgados en el ámbito de la Administración Pública, y así en razón de ello, llegar a conocer cómo es que podrían convertirse en instrumento configurador del Delito de Peculado.

5.11.1. El concepto de “Viáticos”

Al consultar el Diccionario de la Real Academia Española para revisar el significado de esta palabra, se puede apreciar que existen dos acepciones que definen al término “viáticos” como (Real Academia Española):

- Previsión, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento de quien hace un viaje.
- Subvención en dinero que se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino.

Como se observa, en ambas definiciones siempre se alude a un elemento en común que es el viaje o traslado de un lugar a otro de una persona a la cual le entregan una cantidad de dinero que le permita solventar sus gastos mínimos. Siendo entonces indispensable que una persona que demuestre la necesidad del viaje lo efectúe, la deducción del gasto se encontrará justificada, caso contrario el gasto será materia de reparo por parte del fisco. Cabe señalar, que aparte del gasto por el viaje a realizar, la persona que lo realice necesitará efectuar un desembolso de dinero para movilizarse, alimentarse y poder pernoctar en un lugar a manera de refugio (hostal u hotel), de allí la importancia del viático (ALVA, 2014).

En ese sentido, por “viáticos”, debe entenderse aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores, efectivamente realizados, que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando éstos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

De ahí, que “viáticos”, que es el término que se usa en nuestro país, deriva de “viaje”; por lo que, su expresión material dineraria, no cae dentro del ámbito laboral remunerativo, del que se excluye, por un lado, por no ser éste objeto de abono en forma permanente en el tiempo y regular en su monto; y por otro, porque no dimana de una reciprocidad obligacional que se origina de un contrato de trabajo, como sí es el caso de la remuneración (DEL RÍO, citado por ALVA, 2014).

En nuestra legislación, tenemos que el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 728, señala que: *“no constituye remuneración para ningún efecto legal, los conceptos previstos en los Artículos 19° y 20° del Decreto Legislativo N° 650, entre los que se*

considera todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio y ventaja patrimonial para el trabajador ni sea de su libre disposición”. Así, en el Sector Público, las comisiones de servicios, que necesariamente irrogan pago por concepto de viáticos, constituyen una forma de desplazamiento de personal previsto en el Artículo 83° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276. Estas comisiones, para irrogar gastos, obligatoriamente deben ser ejecutados fuera de la localidad donde se ubica el centro de labores del comisionado, e implica que aquel pernocte en el lugar de destino, por ser irracional exigirle que lo haga diariamente en su domicilio habitual, en razón del tiempo, del medio de transporte, de la naturaleza, condiciones de la comisión y de los elevados costos de viaje que importaría su diario retorno¹⁸.

¹⁸ Por otro lado, desde el punto de vista territorial, debemos señalar que las comisiones de servicio se dan tanto al interior del país como fuera de él; por tanto, la asignación de viáticos, en cada caso, se sujetan a disposiciones normativas y asignaciones económicas diferenciadas. La Ley N° 27619 y el Decreto Supremo N° 047-2002-PCM, regulan la autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos o representantes del Estado que irroguen gastos al Tesoro Público y que pertenezcan a entidades públicas, que incluye a las que integran la Actividad Empresarial del Estado. Estos viajes se racionalizan a lo estrictamente indispensable, lo cual exige que en el marco de las normas de austeridad, sólo se realizarán en tanto y en cuanto su ejecución esté condicionada al cumplimiento de una meta real presupuestada u honrar, en casos del exterior, compromisos, convenios, acuerdos o actividades internacionales previamente acordados; de tal manera que, de no realizarse estos viajes, se ponga en riesgo el cumplimiento de tal meta o se incumplan compromisos adquiridos. Así, el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM (Contenido del acto de autorización) estatuye que: “La Resolución de autorización de viajes al exterior de la República estrictamente necesarios, será debidamente sustentada en el interés nacional o en el interés específico de la Institución, y deberá indicar expresamente el motivo del viaje, el número de días de duración del viaje, el monto de los gastos de desplazamiento, viáticos y tarifa Corpac. En caso de requerimiento expreso formulado por un Ministro de Estado, se autorizará gastos de representación sobre cuyo monto total se rendirá cuenta documentadamente. Sin perjuicio de lo expuesto, toda autorización de viajes deberá sujetarse a las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, bajo responsabilidad...”

Conviene indicar, que la resolución autoritativa de viajes al exterior deberá ser publicada en el Diario Oficial El Peruano, con anterioridad al viaje; indicará expresamente el motivo del mismo, el número de días de duración del viaje, el monto de los gastos de desplazamiento, viáticos y tarifa de uso de aeropuerto. En el marco de estos principios rectores, los altos funcionarios enumerados en la Ley N° 28212 y todos los servidores del Sector Público, que en misión oficial viajen al exterior irrogando gastos al Estado, deberán utilizar pasajes en la categoría económica o similar. Quien opte por otra categoría superior de pasaje, deberá

Viáticos, en la terminología presupuestaria, y conforme lo conceptúa el Clasificador de los Gastos Públicos aprobado por Resolución Directoral N 051-2002-EF/76.01, es una partida específica del gasto que comprende la cobertura de gastos de alimentación (Desayuno, almuerzo y cena), hospedaje y movilidad local cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter de eventual o transitorio. Asimismo, incluye los pasajes y gastos de transporte ocasionados por personal visitante de otros organismos, en calidad de delegado, representante o similares (BARRIOS, 2010).

Cabe señalar, que mediante Decreto Supremo N° 007-2013-EF, “Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional”, se buscó asegurar un adecuado nivel de eficacia en las acciones que los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país; por lo cual, se actualizaron los montos para el otorgamiento de viáticos; se modificaron los demás criterios referentes al cálculo del monto en relación del tiempo de duración de la comisión de servicios; y se fijaron porcentajes para la rendición de cuentas de los viáticos otorgados; estableciéndose un plazo para la presentación de dicha rendición. Así, en el segundo párrafo del artículo 2° de la normativa antes indicada, se establece que: “...*los viáticos comprenden los gastos*

asumir obligatoriamente la diferencia del costo del pasaje con cargo a su propio peculio o ingreso, salvo la utilización de beneficios que no signifiquen mayor costo y que gratuitamente otorguen los medios de transporte. La excepción a esta obligatoriedad, son el viaje urgente y/o la falta de disponibilidad de pasajes en la categoría económica, lo que se sustentará con la constancia que expida la respectiva agencia de viajes o con la declaración jurada del comisionado.

por concepto de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios”.

De igual forma, se ha estipulado en el Artículo 3° (Rendición de Cuentas): *“que las personas de acuerdo a lo establecido en el artículo 1°¹⁹ de la presente norma que perciban viáticos deben presentar la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante Declaración Jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT. La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios”.*

5.11.2. Naturaleza jurídica de los Viáticos

Conforme se ha sostenido, en el ámbito administrativo estatal, los viáticos constituyen las sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y

¹⁹ Artículo 1° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF: *“Establézcase que los viáticos por viajes a nivel nacional en comisión de servicios para los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país, es de Trescientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles (S/. 320,00) por día. En el caso de los Ministros de Estado, Viceministros, Jefes de Organismos Constitucionalmente Autónomos, Presidente del Poder Judicial, Jueces Supremos, Fiscales Supremos y Presidentes Regionales, Secretarios Generales, Jefes de Organismos Públicos, Presidentes de Cortes Superiores, Jueces Superiores, Fiscales Superiores y Alcaldes, les corresponderá Trescientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 380,00) de viáticos por día”.*

servidores públicos a fin de que cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento. Esta asignación constituye el reconocimiento normativo por parte del Estado de la necesidad de cubrir los gastos de sus empleados públicos con el propósito de que desempeñen adecuadamente sus funciones dentro de la Administración Pública, y esta cumpla con sus propios fines, existiendo en contrapartida la obligación legal del servidor de dar cuenta documentada de aquéllos (BARRIOS, 2010).

Asimismo, hemos indicado también que la expresión *caudales* identifica a todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles; en tanto que la expresión *efectos* hace referencia a los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables) (ROJAS, citado por REYNA, 2011); de ahí que resulta necesario determinar si los viáticos se encuadran dentro del contenido del concepto de lo que es *caudal* o *efecto*.

Debe tenerse presente que el concepto de viáticos constituye un elemento de índole normativa y como tal sus alcances deben ser extraídos ya sea de normas jurídicas y/o sociales. En este caso, la interpretación de la expresión “viáticos” obliga a remitirse a la variada y densa normativa administrativa reguladora de dicho concepto.

En tal sentido, la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viático, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo

que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados (BARRIOS, 2010). De modo que al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado (SALINAS, 2009).

De lo anteriormente se puede colegir conforme lo ha establecido ABANTO VÁSQUEZ que: primero, los viáticos constituyen, en sentido técnico-penal, *caudal*; segundo, su entrega responde a fines instrumentales, pues su finalidad específica se encuentra asociada al ejercicio regular de la función pública (ABANTO, citado por REYNA, 2011).

5.11.3. De la Rendición de Viáticos y el uso excepcional de la Declaración Jurada para sustentar gastos

El artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF, regula lo concerniente a la rendición de cuentas que tienen que realizar los funcionarios y/o servidores públicos; esto es, una vez finalizada su respectiva comisión de servicios, se encuentran en la obligación de presentar la rendición de cuentas y gastos de viaje debidamente sustentado con los documentos pertinentes para ello.

Así, esta normativa establece que la rendición de viáticos deberá presentarse dentro

de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios, adjuntándose para ello los comprobantes de pago debidamente acreditados por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante Declaración Jurada simple, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la SUNAT.

En ese mismo sentido, la Directiva de Tesorería N 001-2007-EF/77.15, Resolución Directoral N° 002-2007-EF-77.15, establece en su Artículo 71° (Uso excepcional de Declaración Jurada para sustentar gastos), numeral 71.1 que: *“La Declaración Jurada es un documento sustentatorio de gastos únicamente cuando se trate de casos, lugares o conceptos por los que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la SUNAT”*. Y, en esa misma línea, el numeral 71.3 de la normativa bajo análisis prescribe que: *“El monto de la Declaración Jurada no debe exceder el diez por ciento (10%) de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT)”*.

Como se puede apreciar, y conforme así lo exige la normativa esgrimida, la declaración jurada es un documento que puede ser utilizado por un funcionario o servidor público para sustentar los gastos irrogados en sus respectivas comisiones de servicios; únicamente cuando estos gastos se realizan en lugares o en circunstancias que imposibilitan o hace irrazonable la obtención de los correspondientes comprobantes de pago, tales como los alimentos adquiridos en ruta, en zonas rurales

o alejadas de la ciudad; en casos fortuitos o de fuerza mayor; por conceptos requeridos según sea el tipo de servicios o bienes que se demanden para el cumplimiento de la comisión. (DEL RIO, citado por ALVA, 2014); de ahí que sólo de presentarse estas circunstancias es comprensible que se sustenten los viáticos a través de una declaración jurada simple; existiendo así la necesidad de que se sustente en cada caso en particular, la presencia de tales hechos.

Por su parte, el artículo 42° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que toda declaración jurada se presume verificada por quien hace uso de ella, así como de su contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. Sin embargo, es una práctica muy común en la Administración Pública, usar esta declaración para sustentar los gastos realizados por concepto de viáticos, no obstante estar el comisionado en lugares donde sí se expiden comprobantes de pago, conforme lo veremos más adelante²⁰.

5.11.4. Problemática jurídico penal de los viáticos en relación con el Delito de Peculado

Conforme se ha indicado en la problemática planteada, el tema de la presente

²⁰ Por otro lado, con respecto a la sustentación de viáticos otorgados por comisiones realizadas al exterior del país, el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM (Sustentación de viáticos), refiere que: *“Los funcionarios y servidores públicos que realicen viajes al exterior debidamente autorizados mediante Resolución Suprema o Ministerial, según el caso, deberán sustentar con documentos hasta por lo menos el setenta por ciento (70%) del monto de viáticos asignado. El treinta por ciento (30%) restante podrá sustentarse mediante Declaración Jurada. El funcionario o servidor público hará devolución del monto correspondiente a los viáticos cuyo gasto no se encuentre debidamente sustentado, en el plazo establecido en el Artículo 10 del presente Decreto Supremo”*. En ese mismo sentido, el Artículo 10° del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM (Obligación de presentar informe), estipula que: *“Dentro de los quince (15) días calendario siguientes de efectuado el viaje, el funcionario o servidor público, deberá presentar ante el Titular de la Entidad un informe detallado describiendo las acciones realizadas y los resultados obtenidos durante el viaje autorizado. En caso de no realizarse el viaje autorizado, corresponde la inmediata devolución de los montos entregados al día siguiente de la suspensión del viaje. Para tales efectos, no será necesaria otra Resolución que deje sin efecto la autorización correspondiente”*.

investigación consiste en determinar las razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del Delito de Peculado; ello en razón a que se advierte que existen posiciones encontradas sobre el tema bajo análisis; tanto a nivel doctrinario como a nivel jurisprudencial, no existiendo hasta la fecha uniformidad de criterios; sin embargo, a nuestro modesto entender, creemos que ello se debe a que al asumir dichas posiciones contrapuestas no se ha realizado un análisis riguroso y menos crítico, pues dicha entelequia hubiese llevado a buen cauce tanto a la doctrina como jurisprudencia a darle un sentido único y entender la razón del ser, la función y la finalidad con que aparece este caudal, como instrumento importante dentro de la Administración Pública, así como llegar a entender en qué circunstancias la indebida utilización, administración y/o apropiación de dicho caudal configuraría el Delito de Peculado; razón por la cual es que en la presente investigación teniendo como base las posiciones antes indicadas, es que hemos creído por conveniente analizar dicha problemática desde la perspectiva de la corriente ius filosófica del tetradimensionalismo jurídico, a efectos de asegurarle un rigor crítico dentro del marco del presente estudio; y ello, debido a que la iusfilosofía, permite entender cualquier estudio del derecho desde su ámbito ontológico: “ser”; funcionalista: “su función” y; teleológico: “el fin”, con que se crean las figuras y/o instituciones jurídicas. Posiciones que pasamos a detallar a continuación:

5.11.4.1. Posiciones que consideran que los viáticos no constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado

Dentro de la doctrina encontramos a los siguientes autores:

- BARRIOS ALVARADO, señala que siempre que se esté frente a una omisión o defecto por rendición de cuentas vinculada a la entrega de viáticos, no significa, sin más, se dé necesariamente un caso de atipicidad respecto al Delito de Peculado, asignando sólo esta última circunstancia sólo para aquellos casos en que se haya identificado que el funcionario haya cumplido con la comisión de servicios encomendada (BARRIOS, 2010). Ello quiere decir, que reconoce la existencia de la atipicidad penal -Peculado-, para las omisiones, incorrecciones e irregularidades en que incurren los funcionarios públicos en las rendiciones de cuentas por otorgamiento de viáticos con fondos estatales, utilizando para ello las siguientes razones:
 - Los viáticos son asignaciones que salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público.
 - En los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.
 - El servidor o funcionario detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas.
 - Las inobservancias que cometen los servidores y funcionarios públicos de las leyes y reglamentos que rigen la vida jurídica de las instituciones está sujeto a responsabilidad administrativa y civil.
 - El carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho Penal impide asimilar dentro de los alcances típicos del Delito de

Peculado conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos.

- SALINAS SICCHA, con respecto a la problemática planteada, se adhiere a la posición asumida por la doctora Elvia Barrios Alvarado, antes citada, concluyendo así que no toda omisión de rendición de cuentas configuraría atipicidad del Delito de peculado; pues para él sólo se configuraría el tipo penal en cuestión sólo cuando el sujeto público no haya cumplido con la comisión de servicios encomendada (SALINAS, 2014).

Dentro de la jurisprudencia que asimila esta posición se tiene:

- Resolución de la Sala Penal Transitoria, recaída en el Expediente N° 260-2009-Loreto, del 3 de marzo de 2010, en la cual se sostiene que: *[Los casos de funcionarios que no rindieron cuentas de los gastos de sus viáticos no tienen relevancia penal porque estos viáticos] “tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente (...)”.*

5.11.4.2. Posiciones que consideran que los viáticos sí constituyen instrumento configurador del Delito de Peculado

Dentro de la doctrina encontramos a los siguientes autores:

- REYNA ALFARO, sosteniendo que si bien existen en la posición contraria, antes referida, ciertos elementos favorables en la medida que se sustentan en la mínima intervención del Derecho Penal, la misma sería defendible estrictamente en términos de *lege ferenda*²¹, por lo que su utilización por parte de la magistratura sería incompatible con el principio de legalidad, en la medida que implicaría una afectación del principio de *lex stricta*²². Y que en tanto, el estado de la cuestión legislativa se mantenga inalterado, la respuesta más compatible con los objetivos político criminales propuestos por el legislador en la formulación del tipo penal de Peculado, es aquella que reconoce la posibilidad de sancionar penalmente las conductas de apropiación de viáticos asignados al funcionario o servidor público, por cuanto existe la relación funcional específica entre caudal y la función pública que permitiría reconocer como uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: la infracción del deber (REYNA, 2011).

²¹ Esta expresión latina es utilizada habitualmente en la literatura jurídica y en la jurisprudencia cuando los autores o los jueces, respectivamente refieren a una necesidad de contar con una nueva legislación sobre una materia determinada.

²² Este término significa que la norma jurídica debe ser clara, estricta y precisa.

Dentro de la jurisprudencia que asimila esta posición se tiene:

- Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en la cual se afirmó que: *“...no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado “actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal”*.

CAPÍTULO VI

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El objetivo primordial de la presente investigación fue determinar las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado; para cuyo efecto se ha examinado el ámbito doctrinario, teórico, conceptual, jurisprudencial y normativo vinculado con la problemática descrita.

6.1. Presentación de resultados, análisis y discusión

Los siguientes resultados y su respectivo análisis, así como la discusión que haremos sobre cada una de las razones jurídicas que sustentamos como respuesta a nuestro problema planteado, la sustentamos, conforme lo hemos venido mencionando, haciendo dentro de ellos una crítica reflexiva desde el punto de vista de la corriente ius filosófica del tetradimensionalismo jurídico; esto es, entendida a la institución jurídico penal del Peculado en correlación a los viáticos; desde sus dimensiones *sociológica*, *axiológica*, *normativa* y *temporal*, pretendiendo sustentar con ello, al ser, función y fin de la figura bajo análisis y por tanto del Derecho Penal; por lo que a continuación

presentaremos, luego de haber utilizado los métodos de interpretación literal, lógico o *ratio legis*, e histórico, desde una perspectiva tetradimensional, las valoraciones que creemos se tuvieron dentro de las dimensiones antes señaladas, al momento de regularse el tipo penal del Peculado y así poder entender y fundamentar las consideraciones críticas que como resultado de la labor realizada en la presente investigación, nos ha permitido corroborar las hipótesis planteadas en nuestro estudio.

Así, con la aplicación del método literal, al analizar la interpretación del artículo 387° de nuestro Código Penal, que regula la figura del Peculado, hemos podido determinar que el tipo penal en referencia se atribuye a personas que tienen la categoría de funcionario y servidor público, y para cuya conceptualización tuvimos que recurrir a su significado gramatical en primer término, para luego recurrir a la interpretación sistemática de dichos términos por intermedio de otras normas jurídicas, tales como las de carácter administrativo (Ley de Bases de la Carrera Administrativa), pero en especial a nuestra Constitución Política (artículo 40°, que establece una definición negativa de funcionario público, es decir por exclusión de aquellos que desempeñan cargos de confianza, trabajadores de las empresas del Estado o economía mixta, servidores públicos contratados, miembros de las Fuerzas Armadas y policiales; conforme se ha explicitado con mayor detalle en el capítulo tercero de la presente investigación. Lo propio se hizo para entender el significado de caudales y efectos, conforme se ha detallado en el capítulo quinto al desarrollar la tipicidad objetiva del Delito de Peculado y que nos permitió determinar que por *caudales* se entiende a toda clase de bienes, especialmente el dinero; en tanto que por *efectos* se entiende a los documentos de crédito negociables emanados de la Administración estatal. Asimismo,

dichos métodos antes indicados, nos permitió entender las conductas típicas del tipo penal en cuestión como son la *administración, percepción y custodia*, entendiéndose a la primera como la capacidad de gestión y disposición de bienes para fines públicos; la segunda, como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general, en calidad de bienes públicos; y la última, entendida como la forma típica de posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Por su parte, el método lógico o de la *ratio legis*, nos ha permitido responder a las siguientes preguntas: ¿para qué se dictó la norma?, ¿cuál fue la razón por la que la norma existe?, y ¿qué fines se hallan detrás de la norma?; y en ese sentido, poder comprender la dimensión axiológica que ha traído consigo la regulación de este tipo penal desde que se emitió o se reguló en nuestro ordenamiento (Código Penal de 1924), a la actualidad, habiéndose dictado durante ese *iter* temporal el Código Penal de 1991, en donde se reguló también la figura del Peculado, así como la dación de sus dos modificatorias y los Proyectos de Ley que a su alrededor se han postulado (ver a mayor detalle el cuadro que a continuación se presenta, en donde se establece las valoraciones axiológicas de la figura en cuestión, que van como postulados desde buscar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, conductas contrarias a deberes funcionales, protección de bienes destinados a satisfacer necesidades urgentes de poblaciones vulnerables, valoración de la mínima lesividad, carácter fragmentario, entre otras), es decir, que en su correlato con el método histórico hemos pretendido además desentrañar o reconstruir la voluntad del legislador de cada momento en que se

dio o se estableció, o se propuso cambios en la tipificación de la figura en estudio (el Peculado).

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL	
P E C U L A D O D O L O S O Y C U L P O S O	Apropiación o utilización de caudales cuya percepción, administración o custodia, confiados por razón de su cargo.		Artículo 387° del Código Penal		
		-Correcto funcionamiento de la Administración Pública. -Conductas contrarias a deberes funcionariales.	El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años . Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.	El Código Penal actual - Decreto Legislativo N° 635 08/abril/91 Delito de Peculado doloso y culposo. El presente artículo -primer párrafo-, con pocas y mínimas modificaciones, y con excepción de las circunstancias agravantes, reproduce el artículo 346 del Código Penal de 1924.	
		PRIMERA REFORMA: Ley N° 26198			
		- Bienes patrimoniales del estado destinados a satisfacer necesidades urgentes de la población vulnerable - fines sociales	(...) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años . (...) Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años .	13-06-93 Establece circunstancias agravantes para el peculado doloso y culposo, en caso los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Agravantes: Pena - doloso: 4-10 Pena - culposo: 3-5	
		PROYECTO DE LEY N° 4187/2010-PJ DEL PODER JUDICIAL			
- Mínima lesividad - Carácter fragmentario - Conducta típica de consentir que la apropiación y utilización sea realizada por un tercero, como otra posibilidad de incumplir deber funcional.	Peculado doloso: caudales o efectos públicos cuyo valor sobrepase dos unidades impositivas tributarias Peculado culposo: caudales o efectos, <i>cuyo valor sea mayor a dos remuneraciones mínimas vitales</i> .	Elemento constitutivo del tipo: afectación grave al servicio de la función encomendada No generar una grave afectación: delito de bagatela → derecho administrativo. Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (no ampara proyecto): Propiciar apropiaciones pequeñas, al pretender introducir referente patrimonial de valoración. Impunidad de conducta típica.			

SEGUNDA REFORMA: Ley N° 29703		
<ul style="list-style-type: none"> - Conducta típica de consentir que la apropiación y utilización sea realizada por un tercero, como otra posibilidad de incumplir deber funcional. - A mayor perjuicio económico al patrimonio del estado, mayor reproche penal. - Inobservancia del valor de lo apropiado o utilizado en caso de Bienes patrimoniales destinados a satisfacer necesidades urgentes de la población vulnerable - fines sociales 	<p>El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.</p> <p>Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.</p> <p>Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.</p> <p>Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."</p>	<p style="text-align: center;">10-06-2011</p> <ul style="list-style-type: none"> - Infracción a deber funcional al permitir que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos estatales. - Nueva agravante: valor de lo apropiado o utilizado > 10 UIT. - Incremento de penas: <p>Peculado doloso: 4-8 Agravantes: Valor >10 UIT: 8-12 Fin asistencial: 8-12</p> <p>Insignificancia del valor de lo apropiado o utilizado en caso de bienes destinados a fines asistenciales, tanto para peculado doloso como culposo.</p>
PROYECTO DE LEY N° 4886 → Derogar la Ley N° 29703 (PARTIDO NACIONALISTA)		
<ul style="list-style-type: none"> - Flexibilidad de reproche penal. - La inhabilitación con rango de pena principal, sus efectos serán más efectivos que las penas que imponen el Poder Judicial. 	<p>El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para un tercero, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código penal.</p> <p>Propusieron anular el segundo párrafo que establecía que cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.</p> <p>Propusieron reducir la pena privativa de libertad en cuanto a la circunstancia agravante cuando los caudales o efectos independientemente de su valor estén destinados a fines asistenciales a los programas de apoyo social proponiendo la pena mínima de cuatro años y máxima de diez años e inhabilitación.</p>	<p style="text-align: center;">13-06-2011</p> <ul style="list-style-type: none"> - Modifica y flexibiliza la represión de los delitos contra la Administración Pública. - Inhabilitación constituye una pena que contribuye al fortalecimiento de la lucha contra la corrupción. - Resulta contradictorio pretender disminución de pena mínima en tipo base de peculado doloso (2-8), eliminar agravante valor patrimonial, reducir pena en bienes destinados a fines asistenciales (4-10).

6.1.1. Transgresión del Principio de No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública

Si bien, las posiciones en contrario de la configuración del Delito de Peculado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en cuanto a la apropiación de los viáticos por parte del funcionario y/o servidor público a quien se le delega la realización de una comisión de servicios, amparan la atipicidad de la conducta en razón del carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho Penal, por los cuales se impediría asimilar dentro de los alcances típicos del Delito de Peculado conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos. No obstante, creemos modestamente que dicho criterio es errado en razón a los fundamentos con los que se ha dado la figura del Peculado, los mismos que fueron detallados en el capítulo quinto del presente trabajo de investigación; así como a la aparición de este caudal conocido como viáticos dentro del funcionamiento de la Administración Pública.

6.1.1.1 Análisis y discusión de resultado

Las normas jurídicas tienen un contenido ideológico, unas valoraciones ideológicas, las cuales no son absolutas, intemporales, sino que están determinadas por las condiciones concretas, económicas, sociales, políticas e históricas, y expresan la correlación de fuerzas en la sociedad y el Estado; en ese sentido hemos podido apreciar del análisis tetradimensional de la evolución legislativa del tipo penal de Peculado, que en ningún momento al expedirse las normas se ha descartado por un tema de mínima lesividad la

tipicidad de conductas tendientes a la configuración del ilícito en estudio; cuanto y más tampoco se ha minimizado el mismo por temas del valor patrimonial; más bien todo lo contrario, pues como se ha podido observar han existido diversas propuestas legislativas -Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ del Poder Judicial, Proyecto de Ley N° 4886 del Partido Nacionalista- que propugnaban la atipicidad de la conducta en aquellos casos de mínima lesividad del patrimonio estatal apropiado o utilizado por parte del funcionario o servidor público; ello no caló o recibió eco en nuestros legisladores, pues como se ha comprobado dichas propuestas no fueron acogidas, existiendo así más bien una tendencia a aumentar las penas, así como incluir conductas que ameriten un mayor reproche penal, incluyéndolas como agravantes de la institución jurídica bajo análisis; por cuanto la ideología que impera desde la dación del Código Penal de 1991 a la fecha es sancionar sin más ni menos conductas que atentan contra el bien jurídico correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad, sin tener que aislar la configuración del tipo penal por cuestiones de mínima lesividad al mismo, situación que se mantiene hasta la actualidad, por cuanto existe una tendencia imperante ideológicamente de lucha contra la corrupción, de evitar la impunidad y de que la sociedad ya no vea defraudada sus expectativas de crecimiento y desarrollo, que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público que defrauda sus expectativas; máxime cuando hemos sostenido que este tipo de delito, como es obvio de entender, afecta a un punto de engarce entre el Estado y la

Sociedad, pues la Administración Pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominado Estado y la Sociedad, en tanto este último es destinatario de sus funciones y servicios. Por lo que, desde una perspectiva político-criminal, resulta evidente que dentro de los elementos a tomar en consideración para la articulación de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública se encuentra la confianza de la sociedad en la Administración Pública y sus funcionarios, que indudablemente resulta seriamente afectada frente a conductas de apropiaciones o utilidades de caudales del Estado.

Así pues, no debemos olvidar que la coerción estatal es un cargo característico del derecho como norma obligatoria; pues el acatamiento de las normas jurídicas vigentes no se logra solo en virtud de la coerción estatal, sino también por la influencia ideológica ejercida por el Derecho y el Estado, pese a que en las mismas no se presenta estrictamente el carácter histórico, social y clasista del derecho, sino más bien como expresión de los intereses de la sociedad, como garante del individuo en abstracto o como realización de la justicia; de ahí pues que conforme lo hemos presentado, lo que no se exige son mayores criterios de lesividad material, pues amparar lo contrario traería como consecuencia el propiciar o inducir a apropiaciones “pequeñas” y considerar al peculado como un delito patrimonial, desconociéndose así la tesis de la infracción del deber, propia del Delito de Peculado, al ser un delito especial y ser caracterizado como delito funcional; por lo que el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado para

agravar la conducta, mas no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria.

Consecuentemente, el sostener que la apropiación o utilización de viáticos de mínima entidad resultaría atípico en virtud del principio de insignificancia o bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlos) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico protegido; sería pues desconocer un principio fundamental del Derecho Penal y de nuestro ordenamiento jurídico penal como es el Principio de Legalidad, pues nuestra legislación no ha establecido hasta la fecha límites mínimos para analizar si estamos o no frente a una conducta ilícita en lo referente al Peculado(es decir, no se ha establecido cuantificación económica mínima o máxima para determinar la configuración del tipo penal), a diferencia de lo que sí ocurre en los delitos contra el patrimonio, debido pues como hemos sostenido, al bien jurídico que se protege y además al hacerse prevalecer la exigencia del cumplimiento de las obligaciones propias de todo funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Por todo ello, somos del parecer que la problemática de la corrupción no pasa necesariamente por reformas legislativas, como el pretender incluir un monto mínimo que establezca la relevancia penal de estos actos, buscando una supuesta condición objetiva de punibilidad, es decir, hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. Pues al ser la corrupción un gran flagelo de la sociedad actual no

podemos pretender que la punibilidad establecida para su protección, sea sometida a una o varias condiciones, y que por tanto las conductas desplegadas no constituyan delito antes de verificarse dichas condiciones. En tal sentido, el establecimiento de las mismas está demás para entender el verdadero fundamento del contenido del desvalor ético social del hecho que genera una conducta en ese sentido.

6.1.2. Abuso de poder del funcionario o servidor público e inobservancia del deber funcional como elemento característico del Delito de Peculado

Conforme a lo analizado, se ha podido determinar que las posiciones en contrario tienen como sustento para desconocer la tipicidad en el manejo de los caudales conocidos como viáticos, que estos serían asignaciones que salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público; y que por tanto constituyen patrimonio integrado al patrimonio personal del funcionario, lo que traería como consecuencia que estas asignaciones de dinero puedan ser utilizadas y destinadas conforme ellos crean conveniente, subsistiendo únicamente la obligación de rendir cuentas, ya que en los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.

6.1.2.1. Análisis y discusión de resultado

De lo analizado tetradimensionalmente en el presente estudio, podemos ver que la consideración en referencia para sostener la atipicidad de la figura bajo análisis, inobserva la necesidad de la existencia, naturaleza y finalidad

de este caudal conocido como viáticos (terminología presupuestaria), que a mayor detalle se ha establecido en la dimensión axiológica, pues conforme se ha establecido en el Decreto Supremo N° 007-2013-EF, a través de este caudal, valga la redundancia, lo que se busca es asegurar un adecuado nivel de eficacia en las acciones que los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado. Por tanto, no resulta cierto que el patrimonio del Estado se desplace a la esfera privada del funcionario o servidor público, pues como se ha establecido su naturaleza es la de ser un caudal del Estado, que merece la mayor protección y resguardo como de cualquier otro tipo de caudal o efecto, máxime si la propia posición en contrario reconoce que los funcionarios o servidores a quienes se les otorga estas asignaciones dinerarias tienen el deber de rendir cuentas una vez culminada la comisión de servicios; lo que demuestra que estos no cuentan con absoluta discrecionalidad en relación a los fondos públicos que reciben en calidad de viáticos; pues ello se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de Peculado, protegiendo así la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Aunado a ello, mayor sustento recibe nuestra posición por cuanto como hemos descrito en nuestro marco teórico, la posición en contrario ignora o inobserva la existencia de normas que prevén como deberes funcionariales propios de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus respectivos cargos, que éstos tengan que observar en el manejo de los caudales del estado, las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia

del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal; así como también la observancia de los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”, así como de los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad. De ahí, que todo trabajador estatal tenga que realizar una correcta gestión y utilización del patrimonio público que se le es asignado de cara a servir los intereses generales de la sociedad, pues sólo así se cumpliría con la finalidad pública encomendada.

6.1.3. Inobservancia del fin político-criminal del Delito de Peculado

Como hemos podido apreciar, las posiciones en contrario que amparan la atipicidad de la conducta dentro del Delito de Peculado, se basan en que, las inobservancias que cometen los servidores y funcionarios públicos de las leyes y reglamentos que rigen la vida jurídica de las instituciones está sujeto a responsabilidad administrativa y civil; no existiendo así la necesidad de la intervención del Derecho Penal; olvidando el fin político criminal por el cual se ha regulado el Delito de Peculado, además de las razones de su propio surgimiento (origen histórico).

6.1.3.1. Análisis y discusión de resultados

Conforme a lo investigado en el presente estudio, hemos podido determinar que el aumento de la corrupción como fenómeno ha marcado el paso de la

política criminal en los últimos años; pasando de una visión particular o aislada de los delitos contra la Administración Pública, vista el delito como fenómeno individual; se ha pasado a una concepción integral de la criminalidad en el desempeño de la función pública visto más bien como fenómeno global, y si bien este cambio de enfoque no es espontáneo o coyuntural, ya que se debe a otros factores, que trascienden a las motivaciones puramente moralistas (lealtad de funcionario público al Estado), autoritarias (sujeción del funcionario al Estado) o patrimonialistas (mayor valor del patrimonio público), en la protección de la función pública, sino más bien se ha dado en virtud de la consolidación del ejercicio de la ciudadanía, con la búsqueda de la igualdad de trato en la obtención de prestaciones públicas, con la exigencia de recibir servicios oportunos y de calidad, con la creación de un espacio de seguridad en las inversiones, y con la transparencia externa e interna de las instituciones, estos intereses públicos o privados hacen de la función pública una categoría jurídica de carácter multidimensional.

En ese sentido, es que se ha ido perdiendo de vista el fin político-criminal (como fenómeno individual) del Delito de Peculado que consiste en enviar un mensaje claro a la ciudadanía de no lesionar los intereses estatales, y ello se logra a través del fin de la pena de prevención general, ya sea, complementando el efecto preventivo de la pena privativa de libertad, implementando consecuencias patrimoniales, atacando directamente el patrimonio del agente; y además, conforme lo hemos venido sosteniendo,

evitando la impunidad de este tipo de conductas; de ahí que con ello, se logrará revertir el mensaje ineficaz del control penal; pues sólo así puede lograrse un real efecto preventivo y por ende asegurar la no Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; además de buscar en los funcionarios y servidores públicos una administración integra, leal y proba del dinero público confiado a estos en razón de su cargo, en el caso de los viáticos que tiene como fin su destino el correcto funcionamiento de la Administración Pública en tanto prestadora de servicios públicos para la satisfacción de los derechos fundamentales de los miembros de nuestra sociedad, sobre todo de los más vulnerables.

Asimismo conforme a lo señalado anteriormente, la misma aparición de la figura jurídica en referencia, como delito bastante antiguo, fue conocido hasta en la Biblia (en donde se habla de corrupción y dentro de esta acción se encuentra el hecho de engañar por parte de los recaudadores de impuestos y apropiarse de ellos); tanto así que Grecia y Roma regulaban dicho delito asignándole penas muy severas, que incluso podía llegar a la muerte, donde se sancionaba a aquel que llevara bienes del Estado, de los funcionarios, de la religión, y se le denominaba delito de *peculatus*. Como vemos, desde la época antes y después de Cristo, la humanidad está interactuando con este tipo de delito que no es más que una forma de corrupción y desvalores por parte de toda aquella persona que ejerce funciones de carácter público. Por lo que posiciones en contrario a la tipificación de la conducta de bajo análisis, deviene además en ahistórica, por cuanto no establece una relación con ella.

Según lo analizado, y conforme hemos descrito en la presente investigación, el Estado tiene sus propios órganos contralores, encontrándose dotado de una serie de reglamentos y procedimientos específicos tanto internos como externos para proteger a la Administración Pública de los comportamientos de sus agentes, que, violando sus deberes infringen dichos reglamentos y pautas orgánicas. Bajo este panorama, es que aparece pues el Derecho Penal como un medio de control conminatorio y represivo, y como un mecanismo fragmentario de actuación, justificándose su intervención cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la Administración Pública.

Sin embargo, conforme hemos podido apreciar, hay una marcada tendencia a la comisión de Delitos contra la Administración Pública en general, y en especial, del Delito de Peculado, lo cual pues trae consigo una vulneración manifiesta del bien jurídico protegido por este tipo de delitos, como es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y específicamente, una lesión al patrimonio estatal; pues precisamente para el caso del Peculado, hemos apreciado cómo es que con la conducta del funcionario o servidor público que se apropia, utiliza o administra indebidamente los caudales del Estado (viáticos), trae como consecuencia que gran parte de los presupuestos públicos no se ejecuten porque son objeto de apropiación por parte de sus responsables; pues si hiciéramos un cálculo del monto total mensual que todo trabajador público percibe por viáticos, y del monto del cual se apropia, bajo el entendido de que es patrimonio integrado a su ámbito

personal, tendríamos como resultado una exorbitante afectación económica estatal, pues conforme veremos más adelante en los casos propuestos a modo de ejemplo, apreciaremos pues en el caso N° 17, un informe que emite el Director de Contabilidad del Gobierno Regional de Cajamarca al Director de Administración, a través del cual hace conocer que hasta el día 22 de febrero del año 2012, existía un monto de giros por concepto de viáticos sin rendir en la suma de S/.114,101.38 Soles; lo cual pues trae como correlato una frustración de proyectos de desarrollo nacional (como la erradicación de la pobreza), y la destrucción de la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública, específicamente en lo correspondiente a la dignidad y prestigio de la Función Pública. Es más, frente a estas conductas hemos apreciado que organismos internacionales o regionales, a través de sendas convenciones han dispuesto que los estados parte, asuman la obligación de prevenir estas conductas a través de su criminalización.

6.1.4. La lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado

Durante la presente investigación se ha logrado establecer que la posición en contrario inobserva la lucha contra la corrupción como interés constitucional protegido; y además como una política estatal en nuestro país, debido al incremento considerable de Delitos contra la Administración Pública en todas las esferas del Estado, tal es así que la corrupción es considerada como el segundo problema más álgido de nuestra sociedad, después del flagelo de la inseguridad ciudadana.

6.1.4.1. Análisis y discusión de resultados

Somos del parecer, que se encuentra justificado plenamente, la ampliación de la intervención penal en la represión del fenómeno de la corrupción, la misma que no debe presuponer necesariamente perjuicio patrimonial del Estado; pues conforme hemos indicado en las líneas precedentes, con relación al bien jurídico protegido en el Delito de Peculado, se ha oscilado entre una concepción patrimonialista y una concepción basada en la infracción de deberes de función, siendo que ambas entidades se complementan, y que como hemos señalado, ello ha sido recogido por la doctrina nacional, ya que el Delito de Peculado no es en estricto, un delito patrimonial, sino además un delito de infracción de deber referido a la gestión eficiente del patrimonio del Estado.

En ese sentido, posiciones en contrario a la tipicidad de la figura *in comento* vulneran la prevención y control de la corrupción como interés constitucionalmente protegido, pues la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39° y 41° de nuestra Constitución Política del Estado²³. Normatividad que incluso tiene respaldo internacional, pues se cuenta con la Convención Interamericana

²³ Artículo 39°.- Funcionarios y trabajadores públicos: “*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*”

Artículo 41°.- Declaración Jurada de bienes y rentas: “*Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado*”.

Contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996, adoptada en Caracas, Venezuela, por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997 y ratificada por el Estado peruano el 06 de Abril de 1997, asimismo, se cuenta con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también conocida como la Convención de Mérida, por haber sido adoptada en esa ciudad de México, en diciembre del 2003, la misma que entró en vigor el 14 de diciembre del 2005, al reunir las 30 ratificaciones requeridas, teniéndose en cuenta además que dicha Convención fue ratificada por el Estado Peruano el 16 de noviembre del 2004; convenciones en las cuales se prescribe como delito reprimible por los estados parte diversos comportamientos corruptos.

6.2. Casuística en torno a la problemática planteada

Si bien hemos señalado, que en el presente estudio la unidad de análisis lo constituye la institución jurídica “Delito de Peculado”, el cual se encuentra regulado en el artículo 387° del Código Penal, la cual hemos analizado desde una perspectiva ius filosófica del tetradsimensionalismo jurídico, y en virtud de la cual nos hemos permitido realizar un análisis y discusión en cuanto a los objetivos e hipótesis propuestos; conforme lo hemos desarrollado en el punto precedente, hemos creído por conveniente antes de desarrollar el capítulo referido a la contrastación de las hipótesis, presentar como sustento de la existencia de la realidad fáctica en discusión -viáticos y su relación con el Delito de Peculado- a manera de ejemplo algunas rendiciones de viáticos presentados por funcionarios y servidores públicos del

Gobierno Regional de Cajamarca durante el año 2012; recalando que la información utilizada es única y exclusiva para fines didácticos de la presente investigación.

CASO 1:

Cargo: Gerente General del Gobierno Regional de Cajamarca

Motivo de comisión: Reunión con funcionarios del MEF, MINAG, Fondo Binacional Perú-Ecuador.

Destino de comisión: Lima

Fecha de comisión: Del 20 al 24 de Febrero del 2012

Monto asignado: S/.630.00

Monto gastado: S/.630.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.554.90

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.75.10

Observaciones:

- 02 Boletas de venta con serie correlativa de fechas diferentes, por un consumo de S/.86.00 y S/.80.00 cada uno (Restaurant Pacífico).
- 02 tickets de consumo de alimentos de la misma fecha, y con 02 minutos de diferencia en su emisión (Restaurant Rústica), en los cuales se evidencia la compra de 03 buffets para una sola persona comisionada; además de que en uno de los comprobantes se evidencia la compra de 02 bebidas alcohólicas (choop de litro barril).
- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de

servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 2:

Cargo: Evaluador de proyectos

Motivo de comisión: Asistencia a evento

Destino de comisión: Lima

Fecha de comisión: Del 27 de Febrero al 01 de Marzo del 2012

Monto asignado: S/.830.00

Monto gastado: S/.820.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.623.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.197.00

Observaciones:

- 01 tickets de consumo de alimentos (Pollería Norkys), en el cual se evidencia la compra de 01 pollo a la brasa entero, gaseosa y 04 helados para una sola persona.
- Pese a que la comisión de servicios se realizó en el MEF ubicado en el Centro de Lima, se evidencian consumos de alimentos en diferentes y alejados distritos de la ciudad de Lima.
- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 3:

Cargo: Directora Regional DIRCETUR

Motivo de comisión: Reunión con alcaldes y otras acciones programadas.

Destino de comisión: Chota, Cutervo, Jaén y San Ignacio

Fecha de comisión: Del 07 al 09 de Marzo del 2012

Monto asignado: S/.390.00

Monto gastado: S/.390.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.390.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.0

Observaciones:

- 01Boleta de venta del día 09 de marzo del 2012 (Restaurant Cabaña Chicken Grill), en la cual se evidencia el consumo de 01 jarra de chicha, 01 sopa, 01 tallarín verde, 01 pollo a la plancha, 03 arroz con leche, 01 tallarín 40 x 40; todo ello para una sola persona.

CASO 4:

Cargo: Formulator de proyectos

Motivo de comisión: Evaluación conjunta del acceso sobre el río Silaco de la trocha carrozable La Ramada, Chimban-Chota.

Destino de comisión: Chota

Fecha de comisión: Del 07 al 09 de Marzo del 2012

Monto asignado: S/.240.00

Monto gastado: S/.240.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.150.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.90.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago; además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 5:

Cargo: Sub Gerente de Promoción Empresarial

Motivo de comisión: Reunión de trabajo con productores de leche y agencia agraria.

Destino de comisión: Celendín

Fecha de comisión: 13 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.40.00

Monto gastado: S/.40.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.0

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.40.00

Observaciones:

- Se sustenta todo el gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 6:

Cargo: Ingeniero III

Motivo de comisión: Conformación grupo impulsor puesta en valor del aguardiente

de caña de azúcar.

Destino de comisión: La Esperanza, Chancay Baños, Santa Cruz.

Fecha de comisión: Del 22 al 23 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.110.00

Monto gastado: S/.110.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.55.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.55.00

Observaciones:

- Se sustenta la mitad del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 7:

Cargo: Director de Industria

Motivo de comisión: Conformación grupo impulsor puesta en valor del aguardiente de caña de azúcar.

Destino de comisión: La Esperanza, Chancay Baños, Santa Cruz.

Fecha de comisión: Del 22 al 23 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.140.00

Monto gastado: S/.140.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.55.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.85.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 8:

Cargo: Sub Gerente de Gestión de Medio Ambiente

Motivo de comisión: Reunión de coordinación con representantes de Gobierno Regional La Libertad.

Destino de comisión: Trujillo

Fecha de comisión: Del 27 al 29 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.460.00

Monto gastado: S/.460.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.340.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.120.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto de consumo con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 9:

Cargo: Chofer

Motivo de comisión: Traslado a la Directora Regional de Trabajo a la ciudad de

Jaén.

Destino de comisión: Jaén

Fecha de comisión: Del 28 al 31 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.270.00

Monto gastado: S/.270.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.180.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.90.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con consumo con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 10:

Cargo: Ingeniero IV

Motivo de comisión: Taller de participación ciudadana.

Destino de comisión: Jaén.

Fecha de comisión: Del 27 al 30 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.270.00

Monto gastado: S/.270.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.141.50

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.128.50

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 11:

Cargo: Directora Regional de Trabajo

Motivo de comisión: Convención macro regional norte de Consejeros Regionales.

Destino de comisión: Trujillo.

Fecha de comisión: Del 22 al 24 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.630.00

Monto gastado: S/.630.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.329.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.301.00

Observaciones:

- 03 Boletas de venta por consumo en la ciudad de Tembladera (Restaurant Mirador de Valentín), de fechas 22, 23 y 24 de marzo del 2012, pese a que la comisión de servicios era en la ciudad de Trujillo, lo cual hace suponer que le fueron otorgados de favor. Evidenciándose además que en la boleta de venta del día 24 de marzo del 2012, existe un consumo excesivo.
- Se sustenta casi la mitad del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 12:

Cargo: Chofer

Motivo de comisión: Traslado a la Directora Regional de Trabajo a la ciudad de Trujillo

Destino de comisión: Trujillo

Fecha de comisión: Del 22 al 24 de marzo del 2012.

Monto asignado: S/.540.00

Monto gastado: S/.540.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.202.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.338.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago, además de que no se realizaron gastos en movilidad, pues el desplazamiento se realizó en un vehículo oficial de la institución.

CASO 13:

Cargo: Técnico administrativo

Motivo de comisión: V Congreso internacional de secretarias ejecutivas y asistentes de gerencia.

Destino de comisión: Lima

Fecha de comisión: Del 10 al 14 de abril del 2012.

Monto asignado: S/.1,010.00

Monto gastado: S/.980.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.879.30

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.100.70

Observaciones:

- 01 Ticket por consumo (Restaurant Manos criollas), de fechas 12 de abril del 2012, en el cual se evidencia un consumo excesivo: 01 seco de res, 01 arroz con pollo, 01 ají de gallina, 01 ensalada de palta, 01 rocoto relleno, 01 chicharrón, 01 jarra de chicha.
- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 14:

Cargo: Sub Gerente de Programación e inversión pública

Motivo de comisión: Capacitación

Destino de comisión: Lima

Fecha de comisión: Del 17 al 20 de abril del 2012.

Monto asignado: S/.1,060.00

Monto gastado: S/.1,003.20

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.638.20

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.365.00

Observaciones:

- 01 Ticket por consumo (Restaurant Pardos Chicken), de fechas 19 de abril del 2012, en el cual se evidencia un consumo excesivo: 01 pollo a la brasa.
- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de

servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 15:

Cargo: Asistente Técnico en proyectos de riego

Motivo de comisión: V Congreso internacional de secretarias ejecutivas y asistentes de gerencia.

Destino de comisión: Lambayeque

Fecha de comisión: Del 21 al 22 de junio del 2012.

Monto asignado: S/.430.00

Monto gastado: S/.410.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.196.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.214.00

Observaciones:

- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 16:

Cargo: Director Regional DIRCETUR

Motivo de comisión: Feria Internacional de Turismo termal

Destino de comisión: Lima

Fecha de comisión: Del 29 al 30 de setiembre del 2012.

Monto asignado: S/.840.00

Monto gastado: S/.817.00

Monto sustentado con comprobantes de pago: S/.452.00

Monto sustentado con Declaración Jurada: S/.365.00

Observaciones:

- 01 Boleta de venta por consumo (Restaurant Las Criadillas II), de fecha 27 de setiembre del 2012, en el cual se evidencia un consumo en la ciudad de Cajamarca, pese a que la comisión de servicios se realizó en la ciudad de Lima.
- Se sustenta parte del gasto con declaración jurada, pese a que la comisión de servicios se realiza en una ciudad en la que sí expiden comprobantes de pago.

CASO 17:

Oficio: N 055-2012-GR.CAJ-DRA/DC de fecha 22 de febrero del 2012

Asunto: Viáticos pendientes de rendición.

Remitido por: Director de Contabilidad al Director de Administración

Observaciones:

- Se puede evidenciar la existencia de viáticos asignados a funcionarios y servidores públicos del Gobierno Regional de Cajamarca, pendientes de rendición, correspondientes al periodo 31 de marzo del año 2005 al año 2012.
- Se aprecia además, que al 22 de febrero del 2012, existía un monto de giros por dicho rubro sin rendir en la suma de S/.114,101.38 Soles.
- Se advierte el caso de 28 comisiones de servicios no rendidas en el año 2005; 21 comisiones de servicios no rendidas en el año 2006; 10 comisiones no rendidas en el año 2007; 24 en el año 2008; 12 en el año 2009; 05 en el año 2010; 44 en el año 2011; 70 en lo que iba del año 2012.

De la casuística presentada podemos verificar que existencia una falta o relativización de exigencias administrativas de rendición de cuentas de los viáticos asignados al funcionario o servidor público, lo cual genera impunidad; pese a la obligación de rendición de cuentas.

Y, ello es así, por cuanto como hemos podido apreciar de los casos esbozados, los funcionarios y servidores públicos consideran que pueden utilizar los viáticos asignados sin tener siquiera la mínima obligación de observar los principios de austeridad, racionalidad y transparencia en el gasto público, por lo que se permiten realizar consumos de alimentos excesivos; o simulan dichos consumos con el único afán de apropiarse del dinero asignado; es más hemos podido apreciar casos en los que el consumo no ha sido única y exclusivamente para el funcionario o servidor público, sino para terceras personas no comisionadas, pues resulta ilógico creer que una sola persona pueda consumir a la vez 01 pollo a la brasa, 04 helados o quizás 04 platos de fondo a la vez; o casos en los que además los viáticos han sido utilizados para coberturar no sólo la alimentación básica de una persona en un día, sino gustos y antojos especiales que no deberían ser pagados por el Estado, como es el caso del consumo de bebidas alcohólicas.

Aunado a ello, hemos dejado en evidencia cómo es que los funcionarios y servidores públicos hacen un uso indiscriminado de las declaraciones juradas para sustentar supuestos gastos incurridos en la comisión de servicios, aprovechándose de la permisividad del uso de dicho documento, a pesar de que la normativa respectiva exige que su utilización es única y exclusiva para aquellos casos en los cuales las comisiones de servicio se realizan en lugares donde no se expide comprobantes de

pago autorizados por SUNAT, utilizándose así las declaraciones juradas para sustentar gastos en ciudades o lugares donde sí se expiden este tipo de comprobantes de pago; todo ello pues, con la única finalidad de apropiarse del dinero asignado por concepto de viáticos y no devolverlo a la Administración Pública.

Pero además, hemos podido comprobar la existencia de casos en los cuales ni siquiera se ha procedido a rendir cuentas de los viáticos asignados, incluso por parte de funcionarios de la más alta jerarquía, mostrándose con ello un total desinterés en el control y seguimiento de esta problemática que lo único que hace es lesionar el patrimonio estatal así como el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Finalmente, la casuística nos demuestra que lo que el estado asigna como viáticos para el correcto desempeño de las funciones de los servidores y/o funcionarios públicos, si bien apreciados individualmente pareciera ser sumas de poca cuantía, la realidad presentada demuestra que en sumatorio todo lo invertido en virtud de ello, representan cantidades dinerarias considerables, que bien utilizadas y gestionadas podrían servir para satisfacer otros fines indispensables inherentes al Estado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por intermedio de la presente investigación se ha logrado determinar que las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, llegan a ser instrumento configurador del Delito de Peculado son:

- a)* La indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos transgrede el Principio de la No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, fin político-criminal del Delito de Peculado;
- b)* El abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, a consecuencia de la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos.
- c)* La indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos inobserva el fin político-criminal del Delito de Peculado.
- d)* La indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos transgrede la lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.

SEGUNDA.- De lo investigado se ha podido determinar que la indebida utilización, administración y/o apropiación de dichos caudales por parte de los funcionarios y servidores públicos, trasgrede el Principio de No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; por cuanto como se ha demostrado, la ideología que impera desde la dación del Código Penal de 1991 a la fecha es sancionar sin más ni menos conductas que atentan contra el bien jurídico correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad, y asimismo, una tendencia imperante ideológicamente de lucha contra la corrupción, de evitar la impunidad y de que la sociedad ya no vea defraudada sus expectativas de crecimiento y desarrollo, que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público que defrauda sus expectativas con este tipo de conductas ilícitas.

TERCERA.- Se ha podido determinar que el acatamiento de las normas jurídicas vigentes no se logra solo en virtud de la coerción estatal, sino también por la influencia ideológica ejercida por el Derecho y el Estado, pese a que en las mismas no se presenta estrictamente el carácter histórico, social y clasista del derecho, sino más bien como expresión de los intereses de la sociedad, como garante del individuo en abstracto o como realización de la justicia; de ahí pues que conforme lo hemos presentado, lo que no se exige son mayores criterios de lesividad material, pues amparar lo contrario traería como consecuencia el propiciar o inducir a apropiaciones “pequeñas” y considerar al peculado como un delito patrimonial, desconociéndose así la tesis de la infracción del deber, propia del Delito de Peculado, al ser un delito especial y ser caracterizado como delito funcional; por lo que el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado para agravar la

conducta, mas no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. En ese sentido, somos del parecer que las políticas para combatir el fenómeno de la corrupción no pasa necesariamente por reformas legislativas, como el pretender incluir un monto mínimo que establezca la relevancia penal de estos actos, buscando una supuesta condición objetiva de punibilidad, pues de mantenerse así o suscitarse ello, sería desconocer su finalidad con que surgió la regulación de dicho ilícito penal; situación ésta que incluso ha sido reconocida a través del Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.

CUARTA.- Con lo desarrollado en el presente estudio, se ha logrado determinar que en la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos, se evidencia un abuso de poder del funcionario o servidor público - situación ésta que incluso ha sido reconocida a través del Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116-; así como la inobservancia del deber funcional como elemento característico del Delito de Peculado, el mismo que se encuentra proscrito en nuestra legislación penal, pues es errado que los trabajadores estatales sigan considerando a los viáticos como si fuese parte de su patrimonio personal y que por ende pueda ser utilizado y destinado a su libre arbitrio, ya que al existir la obligación de rendir cuentas, ello significa que deben realizar una buena gestión de los mismos, evitando apropiarse de ellos, o del saldo restante, protegiéndose así la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

QUINTA.- Se ha logrado establecer la existencia de normas que prevén deberes funcionariales, los cuales tienen que ser observados al momento del manejo de los caudales del Estado, como son el observar las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año

fiscal; así como también observar los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”; los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad. De ahí, que todo trabajador estatal tenga que realizar una correcta gestión y utilización del patrimonio público, pues sólo así se cumpliría con la finalidad pública encomendada; por tanto, no pueden considerar a los viáticos como si fuese parte de su patrimonio personal y por ende utilizarlos y destinarlos a su libre arbitrio, pues al existir la obligación de rendir cuentas, ello significa que deben realizar una buena gestión de los mismos, evitando apropiarse de ellos o del saldo restante.

SEXTA.- Igualmente se ha podido determinar en la presente investigación, que en la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos, es que no se observa el fin político-criminal del Delito de Peculado; olvidando en ese sentido que esta figura ha sido regulada, incluso históricamente, con la finalidad de evitar el perjuicio al erario nacional; y por otro lado, el buscar en los funcionarios y servidores públicos una administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado a estos en razón de su cargo -como deberes funcionariales- y que ha recibido su amparo en la jurisprudencia y doctrina a favor de la tipicidad, siendo que en el caso de los viáticos, tiene como fin su destino, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en tanto prestadora de servicios públicos para la satisfacción de los derechos fundamentales de los miembros de nuestra sociedad, sobre todo de los más vulnerables; por lo que sostener lo contrario a la tipificación de la conducta bajo análisis, devendría ello en una posición ahistórica, por cuanto no

establecería una relación con el surgimiento y evolución de la institución jurídico penal en estudio.

SEPTIMA.- Con el presente estudio se ha podido determinar que con la indebida utilización, administración y/o apropiación de viático; se lesiona el interés constitucionalmente protegido y política de Estado, consistente en la lucha contra la corrupción, debido al incremento considerable de Delitos contra la Administración Pública en todas las esferas del Estado, lo cual ha traído consigo, que incluso en la actualidad, la corrupción sea considerada como el segundo problema más álgido de nuestra sociedad, después del flagelo de la inseguridad ciudadana. Pues como lo hemos acreditado, la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39° y 41° de nuestra Constitución Política del Estado, y que incluso tiene respaldo internacional, pues se cuenta con la Convención Interamericana contra la Corrupción y con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; las mismas que proscriben la corrupción en cualquier nivel.

OCTAVA.- El Delito de Peculado tiene como característica esencial el ser un delito especial; esto es, un delito funcional; por lo que en virtud de la tesis de la infracción del deber, el criterio de costo económico de los bienes apropiados o utilizados debe ser utilizado para agravar la conducta, mas no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria.

NOVENA.- Los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo; de ahí que se admite su condición de objeto material del Delito de Peculado. En el ámbito administrativo estatal, los viáticos constituyen las

sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y servidores públicos a fin de que cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento.

DÉCIMA.- En algunas entidades estatales, como es el caso del Gobierno Regional de Cajamarca, al momento que tienen los trabajadores del Estado de presentar sus respectivas rendiciones de viáticos, jamás los hacen, y no se les hace el seguimiento respectivo, ni los requerimientos adecuados para la sustentación de los gastos que realizaron durante la comisión de servicios, lo que está permitiendo que los funcionarios y servidores públicos consideren que al no existir un control posterior a la entrega del viático, es porque se trata de patrimonio integrado ya a su ámbito personal, y que por ende no tendría siquiera obligación alguna de devolver el saldo restante de viáticos, excluyendo cualquier relevancia penal del hecho.

RECOMENDACIÓN ÚNICA

Al existir una mínima exigencia administrativa en la sustentación de viáticos, y en la correcta revisión de las respectivas rendiciones de viáticos, pues éstos pueden ser sustentados no sólo a través de comprobantes de pago (sustentación documentaria), sino también a través de declaraciones juradas simples, sin que se cumplan siquiera los requisitos exigidos para ello; es que se hace necesario la implementación de medidas de control exhaustivas; así como también la necesidad de que las autoridades correspondientes adopten las medidas legales necesarias, realizando denuncias penales, a fin de proteger el patrimonio estatal y garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.

ALVA MATTEUCCI, M. (Mayo de 2014). Elementos que debe tener en cuenta sobre los gastos de viaje al exterior. *Actualidad Empresarial*(302), I-1 a I-6.

ALZAMORA VALDEZ, M. (1976). *Filosofía del Derecho*. Lima: Minerva.

ANGELES CABALLERO, C. (1992). *La Tesis Universitaria en Derecho: investigación jurídica, selección, notas e introducción*. Lima: San Marcos.

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. (1998). *Código Penal* (Vol. Tomo VII). Lima, Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

BACIGALUPO, E. (2004). *Derecho Penal - Parte General*. Lima: ARA.

BARRIOS ALVARADO, E. (2010). El delito de Peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público. *Gaceta Penal & Procesal Pena*(15).

BENAVENTE CHORRES, Heshbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

BOBBIO, N. y. (1992). *Sociedad y estado en la filosofía política moderna: el modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México DF: FCE.

BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS TORRES. (1995). *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos.

CABANELLAS, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Vol. V). Buenos Aires: Heliasta.

CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer; GARCÍA NAVARRO, Edward; PAREDES CHÁVEZ, Nilo; PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; PRADO SALDARRIAGA, Víctor; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; ROJAS VARGAS, Fidel & VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara. (2014). *La imputación del delito y de la pena en los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.

CARO JOHN, J. A. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CATALÁN SENDER, J. (1999). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*. Barcelona: Bayer Hnos.

CHIRINOS SOTO, Enrique-CHIRINOS SOTO, Francisco. (1994). *Constitución de 1993, Lectura y comentario*. Lima: NERMAN.

CORNEJO, Á. G. (1938). *Derecho Penal especial*. Lima: Librería Peruana.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991). *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona: PPU Editorial.

DONNA, E. A. (2002). El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 262.

Española, R. A. (s.f.). *Real Academia Española*. Recuperado el 22 de Agosto de 2014, de <http://dle.rae.es/?id=bj9wirg>

FERNADEZ SESSAREGO, C. (1995). *Derecho y Persona*. Trujillo: Normas Legales.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1998). El Derecho en el fin del siglo XX. Un nuevo modo de hacer derecho. *Scribas*(Año II, N° 03).

FERREIRA DELGADO, F. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis.

FONTAN BALESTRA, C. (1985). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FRISANCHO APARICIO, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed.). Lima: Editora FECAT.

GÁLVEZ VILLEGAS, T. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.

GARCIA CAVERO, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*. Lima: Grijley.

GARCÍA CAVERO, P. (2013). El principio del NON BIS IN IDEM a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa. En: *El penalista de dos mundos* (págs. 169-188). Lima: IDEMSA.

GARCÍA MARTÍN, L. (1986). *El actuar en lugar de otro*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

- GARCIA MAYNEZ, E. (1997). *Filosofía del Derecho*. Mexico DF: Porrúa.
- HURTADO POZO, J. (2005). *Manual de Derecho Penal - Parte General I*. Lima: Grijley.
- KELSEN, H. (2003). *Teoría Pura del Derecho: Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. . Buenos Aires: Losada S.A.
- LAMAS PUCIO, L. (1996). *Derecho Penal Económico*. Librería y ediciones jurídicas.
- MANZINI, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 8). Buenos Aires: Ediar.
- MARCA ROMERO, E. (2012). La Participación en los Delitos de Infracción de deber: ¿Impunidad del extraneus? *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 85-105.
- MOLINA ARRUBLA, C. M. (2000). *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe de Bogotá: LEYER.
- MONTES FLORES, E. (Setiembre de 2009). Análisis del Delito de Peculado por Apropiación. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(3), 141-149.
- MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Columbus S.R.L.
- MUÑOZ CONDE, F. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant to blanch.
- ORE SOSA, E. A. (2011). La Ley N° 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración Pública. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(24), 13-27.
- PARIONA ARANA, R. (Enero de 2011). La Teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 19.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2010). Comentarios a la Ley N° 29703: Una expresión del Clientelismo del Derecho Penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal. Especial: Recientes Modificaciones a los Delitos Contra la Administración Pública*.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2010). *Derecho Penal-Parte Especial* (Vol. TOMO V). Lima: IDEMSA.
- POLAINO NAVARRETE, M. L. (2004). *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley.

QUINTERO OLIVARES, G. (1996). *Curso de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona: CEDECS.

REAÑO PESCHIERA, J. L. (2004). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista .

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2009). *Derecho Penal - Parte Especial*. Lima: Jurista Editores.

RECASENS SICHES, L. (1977). *Introducción al Estudio del Derecho*. México DF: Porrúa.

REYNA ALFARO, L. M. (2011). Los viáticos como objeto configurador del delito de peculado. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 29, 119-125.

ROCA AGAPITO, L. (1999). *El Delito de Malversación de Caudales Públicos*. Barcelona, España: Bosch.

RODAS VERA, C. (Noviembre de 2009). Consideraciones en torno al Delito de Peculado. *Gaceta Penal y Procesal Penal*(5), 177-184.

ROJAS VARGAS, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

ROJAS VARGAS, F. (2002). *Delitos contra la Administración Pública* (Tercera ed.). Lima: Editorial Grijley.

SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: JURISTA EDITORES.

SALINAS SICCHA, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: IUSTITIA-GRIJLEY.

SALINAS SICCHA, R. (Marzo de 2014). *Ministerio de Justicia*. Recuperado el 10 de Octubre de 2015, de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Delito-de-Peculado-Ramiro-Salinas-Siccha.pdf>

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLE, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Tirant to Blanch.

TRELLES, S.-V. G. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Barcelona.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2009). *Derecho Penal- Parte General*. Lima: Grijley.

ZARAZO OVIEDO, L. A. (1996). *El enriquecimiento ilícito*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.